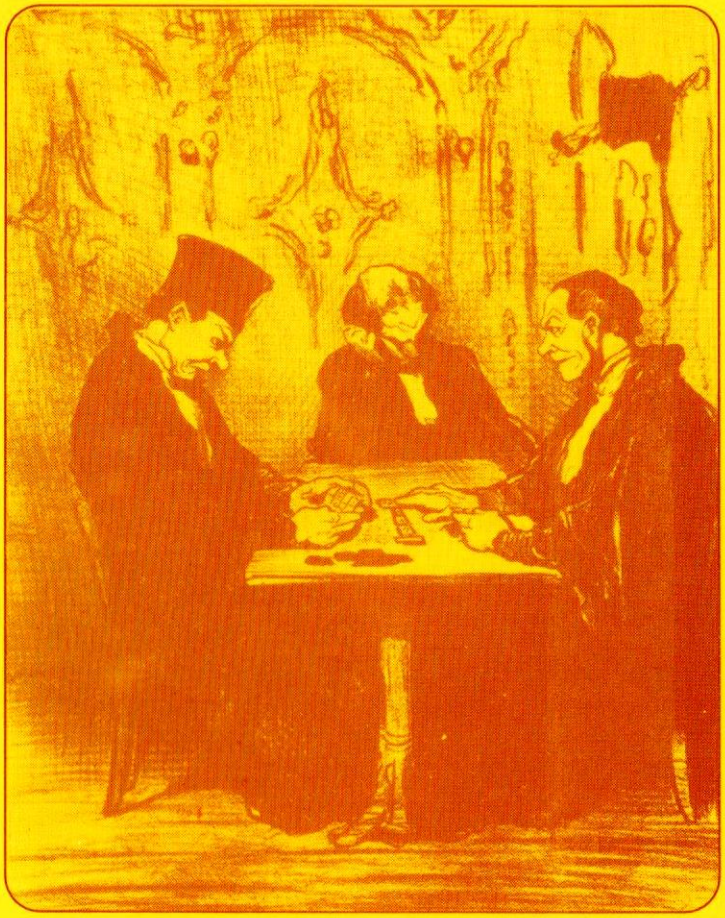
FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI
TERCERA PARTE - TOMO VIII

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1997

FORMACIÓN
OFRECIENDO 80 años
INTEGRAL

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."

Biblioteca *Para leer el Código Civil*
dirigido por: *Fernando de Trazegnies Granda*

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

TERCERA PARTE

TOMO VIII

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1997

FORMACIÓN
OFRECIENDO 80 años
INTEGRAL

Primera edición, agosto de 1997. 1,000 ejemplares

LOS AUTORES AGRADECEMOS
LA INVALORABLE COLABORACION, EN
ESTA TERCERA PARTE DE NUESTRO
TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, DE
KATHERINE CHANG O'CAMPO,
JOVEN CATEDRATICA DE NOTA.

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

Tratado de las Obligaciones
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo VIII)

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 462-6390, 462-2540 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-42-10-5
ISBN 9972-42-015-1

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 VIII

CONTENIDO GENERAL

CAPITULO SEXTO

Dación en Pago

Dación en pago. Concepto 13
Artículo 1265 13
Fuentes nacionales del artículo 1265 13
Fuentes y concordancias extranjeras 14
Análisis 15
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1265 75
Fundamento 75
Jurisprudencia peruana del artículo 1265 75
Concordancias nacionales 75

Supuesto en que la dación en pago se regula por las normas del contrato de compraventa 77
Artículo 1266 77
Fuentes nacionales del artículo 1266 77
Fuentes y concordancias extranjeras 78
Análisis 79
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1266 87
Fundamento 88
Jurisprudencia peruana del artículo 1266 88
Concordancias nacionales 88

CAPITULO SEPTIMO

Pago indebido

Pago indebido. Concepto 89
Artículo 1267 89
Fuentes nacionales del artículo 1267 89
Fuentes y concordancias extranjeras 91
Análisis 92
Jurisprudencia peruana del artículo 1267 147
Concordancias nacionales 148

Pago indebido efectuado a persona que procedió con buena fe. Efectos 149
Artículo 1268 149
Fuentes nacionales del artículo 1268 149
Fuentes y concordancias extranjeras 151
Análisis 151
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1268 164
Fundamento 164
Concordancias nacionales 164

Pago indebido efectuado a persona que procedió con mala fe. Efectos 165
Artículo 1269 165
Fuentes nacionales del artículo 1269 165
Fuentes y concordancias extranjeras 168
Análisis 168
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1269 171
Fundamento 172
Concordancias nacionales 172

Supuestos de enajenación por quien acepta un pago indebido de mala fe 173
Artículo 1270 173
Fuentes nacionales del artículo 1270 173
Fuentes y concordancias extranjeras 175

Análisis 175
Concordancias nacionales 181

Restitución de frutos e intereses por quien recibe un pago indebido de buena fe 183
Artículo 1271 183
Fuentes nacionales del artículo 1271 183
Fuentes y concordancias extranjeras 184
Análisis 185
Jurisprudencia peruana del artículo 1271 188
Concordancias nacionales 189

Supuestos de enajenación por quien acepta un pago indebido de buena fe 191
Artículo 1272 191
Fuentes nacionales del artículo 1272 191
Fuentes y concordancias extranjeras 193
Análisis 193
Concordancias nacionales 197

Carga de la prueba del pago indebido 199
Artículo 1273 199
Fuentes nacionales del artículo 1273 199
Fuentes y concordancias extranjeras 202
Análisis 202
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1273 207
Fundamento 207
Concordancias nacionales 207

Plazo de prescripción de la acción de pago indebido 209
Artículo 1274 209
Fuentes nacionales del artículo 1274 209
Fuentes y concordancias extranjeras 210
Análisis 211
Jurisprudencia peruana del artículo 1274 219
Concordancias nacionales 220

Supuestos en los que el deudor no tiene acción de repe-

tición 221
Artículo 1275 221
Fuentes nacionales del artículo 1275 221
Fuentes y concordancias extranjeras 224
Análisis 225
Jurisprudencia peruana del artículo 1275 234
Concordancias nacionales 235

Aplicación de las normas del pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer 237
Artículo 1276 237
Fuentes nacionales del artículo 1276 237
Fuentes y concordancias extranjeras 238
Análisis 239
Concordancias nacionales 240

TITULO III

Novación

Novación. Conceptos generales 241
Artículo 1277 241
Fuentes nacionales del artículo 1277 241
Fuentes y concordancias extranjeras 244
Análisis 245
Jurisprudencia peruana del artículo 1277 328
Concordancias nacionales 331

Novación objetiva. Concepto 333
Artículo 1278 333
Fuentes nacionales del artículo 1278 333
Fuentes y concordancias extranjeras 335
Análisis 335
Concordancias nacionales 345

Cambios accesorios en la obligación. Novación objetiva ... 347
Artículo 1279 347
Fuentes nacionales del artículo 1279 347

Fuentes y concordancias extranjeras 349
Análisis 349
Concordancias nacionales 388

Novación subjetiva por cambio de acreedor 389
Artículo 1280 389
Fuentes nacionales del artículo 1280 389
Fuentes y concordancias extranjeras 391
Análisis 391
Concordancias nacionales 402

Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación 403
Artículo 1281 403
Fuentes nacionales del artículo 1281 403
Fuentes y concordancias extranjeras 406
Análisis 407
Jurisprudencia peruana del artículo 1281 421
Concordancias nacionales 422

Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión 423
Artículo 1282 423
Fuentes nacionales del artículo 1282 423
Fuentes y concordancias extranjeras 425
Análisis 425
Concordancias nacionales 474

Efectos de la novación 475
Artículo 1283 475
Fuentes nacionales del artículo 1283 475
Fuentes y concordancias extranjeras 479
Análisis 481
Concordancias nacionales 498

Novación de obligaciones sujetas a condición suspensiva 499
Artículo 1284 499
Fuentes nacionales del artículo 1284 499
Fuentes y concordancias extranjeras 501

Análisis 502
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1284 508
Fundamento 509
Concordancias nacionales 509

Novación de obligaciones sujetas a condición resolutoria . 511
Artículo 1285 511
Fuentes nacionales del artículo 1285 511
Fuentes y concordancias extranjeras 513
Análisis 513
Concordancias nacionales 517

Nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva. Consecuencias 519
Artículo 1286 519
Fuentes nacionales del artículo 1286 519
Fuentes y concordancias extranjeras 520
Análisis 521
Concordancias nacionales 531

Nulidad o anulación de la nueva obligación. Consecuencias 533
Artículo 1287 533
Fuentes nacionales del artículo 1287 533
Fuentes y concordancias extranjeras 534
Análisis 535
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1287 540
Fundamento 540
Jurisprudencia peruana del artículo 1287 540
Concordancias nacionales 541

CAPITULO SEXTO

Dación en pago

– DACION EN PAGO. CONCEPTO.

Artículo 1265.- "*El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1265.*

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

El *Proyecto de Código Civil de 1890* fue el primero en abordar el tema, en su artículo 2928: "Una obligación queda extinguida, cuando el acreedor recibe voluntariamente cualquiera objeto que no sea dinero, en lugar de la cosa que se le debía entregar, o del hecho o servicio que tenía derecho a exigir."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hizo en el numeral 244: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 233: "El pago queda

hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía prestar."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1264: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."; y el *Código Civil de 1936* en su artículo 1274: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se ocupó de la materia en su artículo 125: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, no tocó el punto; siguiendo similar criterio el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*.

Por su parte, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, trató el tema en el artículo 1232: "El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Concuerdan con el artículo 1265 del Código Civil Peruano, el Código Civil Mexicano (artículo 2095), Uruguayo (artículo 1490), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 354), Brasileño (artículo 995), Paraguayo de 1987 (artículo 598), Portugués de 1967 (artículo 837: definiéndola como "dación en cumplimiento"), Argentino (artículo 779) y Alemán (artículo 364).

Adicionalmente, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 571) dispone que si, para cumplir con el acreedor, asume el deudor una nueva obligación, la primitiva se extingue, salvo que otra cosa se deduzca de la naturaleza del pacto por el cual se establece la segunda obligación.

El Código Civil Uruguayo (artículo 1492), a su turno, establece que los representantes legales o voluntarios del acreedor no están autorizados para aceptar pago por entrega de bienes. Y añade (artículo 1493) que si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado, como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

En similar sentido que el artículo 1493 del Código Civil Uruguayo, se pronuncian el Código Paraguayo (artículo 599), el Proyecto Brasileño de 1975 (artículo 357) y el Código Brasileño (artículo 998), al prescribir este último que si el acreedor fuere vencido sobre el derecho a lo que recibió en pago, serán aplicables los preceptos sobre la evicción; agrega que también regirá, en su caso, lo relativo a los vicios redhibitorios; y señala, además, que en su caso se restablecerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la "quitación" dada, salvándose los derechos de terceros.

De otro lado, debe mencionarse que el Código Civil Paraguayo (artículo 600) prescribe que el mero acuerdo para realizar una dación en pago no extingue la obligación de pleno derecho, pero autoriza al deudor para oponerlo como defensa.

Tanto el Proyecto Brasileño de 1975 (artículo 356) como el Código Civil Brasileño (artículo 997) establecen que si fuera título de crédito la cosa dada en pago, la transferencia importará una cesión.

– Análisis.

Es claro que sólo el exacto cumplimiento de la prestación debida permite al deudor obtener su liberación. Esto, de acuerdo con el principio de identidad en el pago, recogido en el artículo

1132 -relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos-, norma que no obstante su ubicación resulta aplicable, como fue expresado en su análisis, a todas las obligaciones, independientemente de su naturaleza. Sin embargo, la ley civil peruana reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta -en pago de lo que debe- una prestación distinta a la originalmente pactada.

En efecto, al ser de carácter dispositivo la norma prevista en el artículo 1132 del Código Civil Peruano, bien pueden acreedor y deudor pactar la extinción de la relación obligatoria mediante el cumplimiento de una prestación nueva y distinta. A este convenio la ley peruana lo denomina dación en pago.

Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda.

De este modo, la satisfacción del interés del acreedor podrá llevarse a cabo mediante la **solutio** (exacto cumplimiento de lo pactado) o, de manera excepcional, a través de la **satisfactio** (cumplimiento de una prestación distinta a la debida que, por acuerdo de partes, satisface la acreencia y libera al deudor).

La dación en pago, también denominada cesión en pago, adjudicación en pago o pago por entrega de bienes, se define en doctrina como una convención sustitutiva del objeto del pago.

Para Giorgi[1], a través de esta figura el deudor da voluntariamente en pago una prestación diversa a la debida al propio acreedor, que consiente en recibirla en sustitución de la otra que le habría correspondido.

Valencia Zea[2] define a la dación en pago como el acuerdo mutuo entre acreedor y deudor en virtud del cual el primero con-

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Página 340.
(2) VALENCIA ZEA, Arturo, Op. cit., Tomo III, Página 423.

viene en recibir en pago, en lugar de la prestación que se le debía, otra equivalente.

Según Messineo [3] , si bien es un principio que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que se le debe -**nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest**-, es posible que el deudor, con el previo asentimiento del acreedor -y, por consiguiente, sobre la base de un verdadero y propio contrato solutorio-, sea autorizado a entregar cosa diversa: es ésta la dación en pago.

Señalan Planiol y Ripert [4] que existe dación en pago cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta a la que debía en virtud de la obligación. Por ejemplo, se adeuda una suma de dinero y se entregan determinadas mercancías en pago de dicha suma. Agregan los autores citados que este modo de liberación solamente puede emplearse con el asentimiento del acreedor, pues a éste asiste el derecho de exigir lo que estrictamente se le debe.

En el mismo sentido, Jorge Eugenio Castañeda [5] afirma que la dación en pago es un modo de extinguir obligaciones mediante el cual se entrega al acreedor una cosa distinta de la debida. Debo mil soles a Juan y en lugar de pagárselos le doy un reloj.

De igual manera, Latour Brotóns [6] expresa que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones, consistente en el cumplimiento inmediato por el deudor de una prestación distinta a la debida, que aceptada por el acreedor extingue la obligación originaria.

(3) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 204.
(4) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VIII, Segunda Parte, Página 587.
(5) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 150.
(6) LATOUR BROTONS, Juan. Notas sobre la Dación en Pago. En: Revista de Derecho Privado, Números 436-437. Julio-agosto, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1953, Página 627.

En nuestra opinión, la dación en pago no es sino un supuesto más de novación objetiva, en la medida en que para que ella se produzca resulta necesario haber procedido a extinguir la obligación originaria, dando vida a una nueva, por efímera que sea, que es aquella que tendrá que cumplirse.

La extinción de la obligación original resulta ineludible, independientemente de la magnitud (breve o considerable) del lapso que medie entre el acuerdo de dación en pago y el cumplimiento de la nueva obligación que de tal acuerdo emane.

Resulta evidente que la dación en pago implica un convenio novatorio entre acreedor y deudor, en la medida en que ambos deciden el cumplimiento de la obligación con prestación distinta a la originalmente pactada. No entendemos como posible el supuesto de pagar con prestación diferente sin haber modificado previamente la obligación original, pues ello equivaldría a admitir que se puede pagar una obligación con algo que nunca se debió, ni siquiera por un instante.

Dentro de tal orden de ideas, la dación en pago no es una figura que tenga autonomía conceptual. Se trata, simple y llanamente, de un caso de novación objetiva.

En relación con los antecedentes históricos de la dación en pago, según anota Eduardo Serrano [7], esta figura se legisló en el Derecho Romano de la época clásica como una de las formas de satisfacer el interés del acreedor, a la que se denominó **satisfactio** o **datio in solutum**, consistente en la liberación del deudor mediante la entrega de una prestación diversa de la asumida inicialmente por el mismo deudor.

En efecto, conforme señala el citado autor, la acepción del término **satisfactio** como equivalente a cualquier cumplimiento de

(7) SERRANO, Eduardo. Consideraciones sobre la Dación en Pago. En: Revista de Derecho Privado, Tomo LXIII. Enero-diciembre, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1978, Página 418.

la obligación, se presenta curiosamente en otro texto atribuido generalmente a Ulpiano: "**solvisoe accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnen omnino qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit**" (D. 42.1.4.7.).

Siguiendo a Melillo, quien se ocupó monográficamente del tema, Serrano afirma que el texto transcrito se refiere a la amplitud del término **solvere** y que para Ulpiano "él podía con el consentimiento del acreedor, sustituir un **aliud** en la prestación debida", e incluso, como atestigua la expresión "**omnen omnino**", la prestación satisfactoria podía ser efectuada por cualquiera.

Al abordar el tema del objeto del pago, Eugène Petit [8] señala que si bien el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta de la debida, queda libre de aceptar la prestación que le ofrece el deudor en lugar de la que forma el objeto de la obligación, en cuyo caso habrá **datio in solutum**.

Es decir, en el Derecho Romano la dación en pago era un negocio liberatorio similar al pago.

Durante la alta Edad Media, conforme expresa Eduardo Serrano [9], los perfiles de la **datio in solutum** se diluían hasta el punto de que prácticamente no se encuentra en las fuentes de la época ningún ejemplo de la misma, siendo preciso llegar a la etapa de la Glosa para reencontrar dicha figura, y así Accursio recoge la novela de Justiniano y admite la **datio necesaria**.

Según Bussi -citado por Eduardo Serrano-, el Derecho común distinguió una **datio in solutum** voluntaria de una **datio in solutum** necesaria; la primera era aquella que operaba mediante acuerdo de partes, mientras que la segunda operaba autoritariamente **iussu iudicis**.

(8) PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la novena Edición Francesa por José Fernández González. Décimo Primera reimpresión. Editorial Porrúa S.A., Página 491.
(9) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 419.

Ya en lo relacionado con el Derecho Civil de la codificación, recuerda Serrano que el Código Civil Francés, en su artículo 1243, consagra la regla general de la identidad del pago, al establecer que "el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa diversa de la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual e incluso mayor", y no regula la figura de la dación en pago en ninguno de sus artículos, si bien alude a la misma, aisladamente y de forma incidental, en el artículo 1595, referente a la posibilidad de compraventa entre cónyuges, y en el artículo 2038, relativo a la extinción de las cauciones; de manera que la figura en el Derecho Francés tiene una construcción totalmente doctrinal.

El Código Civil Italiano de 1865, siguiendo el criterio del Código Civil Francés, tampoco legisló la figura que nos ocupa. Sin embargo, el Código Civil Italiano de 1942 establece en el artículo 1197 lo siguiente: "El deudor no puede librarse realizando una prestación diversa de la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor lo consienta. En este caso la obligación se extingue cuando la prestación diversa se ha realizado. Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está sujeto a la garantía por evicción o por vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento de daños. En cualquier caso no reviven las garantías prestadas por terceros."

Ahora bien, para la eventualidad que se dé en pago un derecho de crédito, el artículo 1198 del mismo cuerpo legal estatuye lo siguiente: "Cuando en lugar del cumplimiento es cedido un crédito, la obligación se extingue con el cobro del crédito, si no hay una voluntad distinta de las partes."

Por su lado, el Código Civil Alemán trata a la dación en pago como una forma de extinción de las obligaciones. En este sentido, su artículo 364 prescribe que: "La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida. Si con el fin de satisfacer al acreedor asume el deudor frente a éste una nueva obligación, en

la duda no ha de entenderse que él -el deudor- asuma la obligación en lugar del cumplimiento."

El Código Civil Peruano de 1984 regula en el artículo 1265 -bajo comentario- la **datio in solutum**, como un medio de extinción de obligaciones. Así, la dación en pago puede catalogarse, de acuerdo con los diversos criterios clasificatorios que hemos señalado con anterioridad, de la manera que anotamos a continuación.

Por su idoneidad, la dación en pago puede ser considerada como un medio no ideal de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, cual es el cumplimiento de lo debido inicialmente, en la medida en que a través de ella se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida.

De acuerdo con sus efectos, la **datio in solutum** es un medio extintivo de obligaciones, pues determina que la obligación primigenia deje de existir.

Por las partes que intervienen, esta figura jurídica constituye un medio bilateral de pago, por cuanto requiere el acuerdo de ambas partes (acreedor y deudor) para que el acreedor reciba como cancelación total o parcial una prestación distinta a la originalmente pactada.

Según la intervención de la voluntad humana, podríamos decir que la dación en pago es un medio voluntario de extinción de obligaciones, por considerar que lejos de operar de pleno derecho, la **datio in solutum** requiere -conforme se ha señalado- de las voluntades del acreedor y deudor.

Conforme al criterio clasificatorio de la normalidad, la dación en pago es un medio normal de extinción de obligaciones, pues al encontrarse regulada en la Sección Segunda del Libro VI de nuestro Código Civil, se configura como una de las vías que el Derecho auspicia para la referida finalidad.

A entender de Valencia Zea [10], la dación en pago es un medio excepcional de extinguir obligaciones, por cuanto una obligación debe extinguirse con la misma prestación pactada; pero mediante la **datio in solutum** permite al deudor pagar con una prestación diferente.

Por la satisfacción del interés del acreedor, la dación en pago constituye un medio idóneo, por cuanto el interés del **accipiens** se satisface, en este caso, con una prestación distinta a la debida.

– Requisitos.

Para que pueda configurarse la dación en pago es necesaria la presencia de los requisitos que seguidamente enumeramos.

– *Preexistencia de una obligación válida.*

Constituye requisito esencial de la dación en pago la existencia previa de una obligación de objeto física y jurídicamente posible, contraída entre sujetos capaces y cuyo pago se halle pendiente.

Cabe preguntarse, además, si la obligación primigenia debe -necesariamente- ser líquida, pura y exigible para que pueda operar la figura bajo análisis.

A nuestro modo de ver, la dación en pago, en tanto medio voluntario de extinción de obligaciones, opera bajo la autonomía de la voluntad de los contratantes. En este sentido, nada obsta para que acreedor y deudor -de mutuo acuerdo- convengan en extinguir una deuda líquida o ilíquida, vencida o no vencida, e incluso sujeta a otras modalidades del acto jurídico, dando en pago una prestación diferente y contraída en términos distintos y en las condiciones que las partes

(10) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 423.

acuerden. Y formulamos estas afirmaciones porque, tal como ya lo hemos expresado, la dación en pago constituye una novación por cambio de objeto.

Sobre el particular, Eduardo Serrano [11] anota que no existe inconveniente en admitir como objeto de la dación en pago bienes futuros o conductas sometidas a condición o término; en dichos casos ocurrirá que, al estimar que no hay dación en pago hasta que se ejecute la prestación asumida, resultará evidente que el efecto extintivo de la dación en pago se producirá cuando el bien deje de ser futuro y la condición o término se verifiquen. Mientras ello no ocurra, es evidente que la obligación originaria continúa subsistente.

No obstante lo señalado, quienes distinguen la dación en pago de la novación por cambio de objeto -tema que analizaremos en su oportunidad- sostienen una opinión contraria, al afirmar que la dación en pago opera únicamente sobre deudas exigibles, toda vez que sólo es posible convenir **datio in solutum** el día del vencimiento de la deuda y no con anterioridad.

Este criterio tiene coherencia para quienes admiten la dualidad de ambas instituciones, pues en caso contrario el convenio tendría como naturaleza el de una novación objetiva y no el de una dación en pago. Habría dación en pago, en la medida en que -así parece querer entenderlo la ley peruana- no se cree una nueva obligación. Pero en el caso propuesto, ya se habría generado una nueva obligación, cuyo objeto, justamente, consistiría en bienes futuros o conductas sometidas a condición o término.

De otro lado, es preciso anotar que un sector de la doctrina afirma que debe existir imposibilidad de cumplir con la prestación originaria para que opere la dación en pago.

Al respecto, Eduardo Serrano [12] expresa que, como regla

(11) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 431.
(12) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

general, el deudor asume la realización de una determinada prestación frente a su acreedor, de forma tal que su liberación queda condicionada a la efectiva realización de la prestación asumida; la dación en pago presupone que el deudor no puede realizar la prestación asumida, pero sí otra en su lugar.

Ahora bien, precisa el citado autor que la imposibilidad de cumplir la prestación pactada equivale a todo aquel supuesto en que el deudor manifiesta a su acreedor no poder realizar la prestación asumida, con independencia de las causas de tal omisión, ya que la dación en pago no requiere que se acredite la imposibilidad objetiva de realización de la prestación originaria.

Por nuestra parte, discrepamos tajantemente de este parecer, en la medida en que estimamos que la dación en pago sólo se puede convenir en tanto la prestación que se encuentra **in obligatione** sea pasible de ejecutarse, es decir, que no haya imposibilidad de por medio.

Hemos estudiado en su momento que, cuando el objeto de una prestación deviene en imposible de ejecutar, la obligación se extingue. Concretamente, cuando se trata de un bien cierto, en caso de pérdida del bien resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil Peruano.

Además, debemos señalar que lo propio ocurrirá si la prestación resulta ser una de dar algún bien incierto o fungible, en la medida en que perezca el género o la especie, o si estamos en presencia de una prestación de hacer o una de no hacer, para las que hacemos extensivas las mismas consideraciones.

En suma, ante un supuesto de imposibilidad, la obligación, simplemente, ya no resultará susceptible de ejecutarse, se habrá extinguido y, por tanto, resulta lógico deducir que no cabría pactar dación en pago alguna, pues ella implica una

sustitución convencional para pagar con algo distinto de aquello que se debe. Pero cuando ya no hay obligación, simplemente nada se debe, a no ser, en su caso, la secuencia de los daños y perjuicios, razón por la cual no podría configurarse la dación en pago.

Dentro de este orden de ideas, y contrariamente a lo señalado por Serrano, sí resulta indispensable conocer las causas por las cuales una prestación "no podría ser ejecutada", en la medida que si ellas pasasen por un capricho del deudor (imposibilidad subjetiva), resultaría factible pactar una dación en pago, pero si realmente estamos hablando de una imposibilidad objetiva, entonces ya no habría lugar a celebrar un pacto de esta naturaleza.

– *Cumplimiento con una obligación distinta al objeto de la deuda.*

La distinción entre la prestación originalmente pactada y la que se da en pago es presupuesto esencial para que pueda configurarse dación en pago.

Se ha dicho que la diferencia entre la prestación que se adeuda y la que sustituye -**aliud pro alio**- resulta tan esencial que, en realidad, es lo que configura la institución y proporciona el elemento diferenciador con otras instituciones afines.

Señala Valencia Zea [13] que cualquier prestación a cargo del deudor puede ser reemplazada por cualquier nueva prestación. Así, una prestación de hacer puede ser reemplazada por una suma de dinero; una de dinero por una de hacer; la entrega de un cuerpo cierto, por una de hacer o por una de dinero.

De este modo, cuando en reemplazo de la entrega de un

(13) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

bien se satisface el interés del acreedor con la entrega de dinero, teóricamente se configura la llamada **datio in solutum rem pro pecunia**. Mientras que si se entrega un bien distinto al pactado, se tratará de una **datio in solutum rem pro re**. Asimismo, cuando se ejecuta un hecho en pago de una obligación de dar bienes, nos encontramos ante una **datio in solutum rem pro facto**.

Sin embargo, debemos precisar que algunas legislaciones excluyen las prestaciones dinerarias como contenido de la nueva obligación a dar en pago.

El Código Civil Peruano de 1936 sólo concebía la dación en pago cuando se entregaba alguna cosa que no fuese dinero en lugar del bien o hecho que se debía [14].

El Código Civil Argentino establece en su artículo 779 que hay dación en pago cuando el acreedor recibe voluntariamente, por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar.

Al respecto, Llambías [15] considera que de acuerdo con la ley argentina sólo hay dación en pago cuando se sustituye, en el acto del pago, la prestación debida por otra que no sea dinero.

Tal restricción legal tiene escasa justificación y no coincide con el origen de la dación en pago. En el Derecho Romano, el objeto de la nueva prestación podía ser de cualquier índole. Por esta razón, anota Llambías que los Proyectos de reforma orgánica del Código Civil han retomado la tradición romana, ateniéndose al concepto doctrinario de la dación en

(14) Recordamos que el artículo 1274 del citado cuerpo legal prescribía: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 8 y 9.

pago, figura a la cual le ha devuelto su denominación originaria.

El Código Civil Peruano de 1984, sin embargo, adopta un concepto doctrinario más amplio, de modo que cualquiera que sea el objeto de la nueva obligación, siempre que se ejecute -con asentimiento del acreedor- en pago de la obligación originaria, configurará dación en pago. Así, en nuestro ordenamiento jurídico es posible que los contratantes estipulen una **datio in solutum rem pro pecunia, rem pro re, rem pro facto, facto pro factum o factum pro pecunia**, y en todos estos casos hay, indudablemente, **aliud pro alio**[16].

Según anota Eduardo Serrano [17], las fuentes romanas no parecen señalar ningún tipo de limitación respecto al objeto de la prestación que sustituye a la originaria, de forma que puede afirmarse que la única limitación viene impuesta por la voluntad del acreedor en la medida que se considere satisfecho en su interés por la nueva prestación. De esta manera, se tuvo en el Derecho Romano un sentido amplio de la prestación sustitutiva de la obligación originaria; como señala Melillo, la mayor parte de las veces, las fuentes no recuerdan el objeto sustituido, sino que, por el contrario, no es difícil encontrar formulaciones que corroboran esta falta de limitación de la cosa que el acreedor ha considerado satisfactoria para su interés; expresiones como "**quemadmodum voluit creditor**" o "**quodlibet pro debito solutum**" demuestran la amplitud del **aliud pro alio** en que consistía la **datio in solutum**.

No obstante ello, a decir de Eduardo Serrano, la doctrina romanista dominante estima que el punto de partida de la fi-

(16) Es de hacer notar que el artículo 1265, bajo análisis, estatuye que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. De este modo, se ha considerado que siempre que se entregue una prestación distinta a la estipulada habrá dación en pago.

(17) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.

gura de la **datio in solutum** pudo ser el supuesto de hecho consistente en la entrega de una cosa mueble o inmueble a cambio o en lugar de una suma de dinero; supuesto éste que es el más frecuentemente contemplado en las fuentes y que explica el hecho de que se identificase en dichas fuentes predominantemente a la **datio in solutum** con la compraventa. Agrega también, como supuestos de **datio in solutum**, la entrega de una cosa en lugar de otra, o la entrega de dinero en lugar de una cosa.

Por otra parte, debemos precisar que algunos autores niegan la posibilidad de que un crédito pueda darse en pago de lo que se debe.

Conforme señala Eduardo Serrano [18], no es unánime la doctrina romanista a la hora de admitir la posibilidad de entregar como prestación en lugar de la debida, un derecho de crédito; pues la dificultad viene determinada por la prohibición general existente en el Derecho Romano a la transmisibilidad de las obligaciones, a no ser a través de la figura de la novación.

Refiere Serrano que no obstante la prohibición de transmisión de las obligaciones, a partir de Diocleciano y en el Derecho Justinianeo, no existe ya ninguna dificultad en admitir que, mediante la cesión de un derecho de crédito, pueda operar inmediatamente una **datio in solutum** con eficacia liberatoria, siempre que el acreedor acepte el crédito en pago **pro soluto**, no **pro solvendo**, si bien se establece la reserva de que la liberación sólo se produce cuando el deudor del crédito cedido ha efectuado el pago.

En este sentido los Mazeaud, citados por Eduardo Serrano[19], afirman que, como la dación en pago está subordinada a una transmisión de la propiedad o de un derecho real, el

(18) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 419.
(19) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 431.

abandono de un crédito en pago de una deuda, aun siendo válido, no constituye dación en pago.

Otro sector doctrinario, en cambio, admite la dación en pago a través de derechos crediticios, siempre que éstos se hallen incorporados en títulos valores.

Recuerda Josserand [20] que el concepto de dación en pago no ha sido visto con amplitud. Así, los autores, al referirse a esta institución, suponen en sus explicaciones que la deuda primitiva era de una suma de dinero y que el acreedor asiente en recibir, en lugar de esa suma, un bien corporal, un cuerpo cierto.

Ante ello, Josserand considera que esta concepción es excesivamente estrecha, pues la deuda primitiva podría tener un objeto cualquiera: dinero, mercancías, inmuebles; mientras que la cosa dada en pago bien podría consistir en una suma de dinero o en valores negociables en bolsa, títulos al portador o títulos nominativos.

Sobre el particular, debemos señalar que no siempre la entrega de títulos valores en sustitución de la prestación originaria configurará **datio in solutum**. Tal es el caso, por ejemplo, de la emisión de un título valor como pago del precio.

Nos explicamos. Si el precio de una venta se transforma en una deuda cambiaria, aquella no se transforma esencialmente; se modifica simplemente en el modo de cumplimiento: se ha convenido en vez de un pago en efectivo, un crédito.

Por ello, Valencia Zea [21] precisa que "No se configura dación en pago cuando la prestación originaria no sufre cambio, sino un simple aseguramiento, por lo que, si en una venta el comprador entrega al vendedor un pagaré por el

(20) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 716.
(21) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

precio que le adeuda, este pagaré no es dación en pago, pues sería tanto como admitir que la obligación de pagar una suma de dinero es cosa equivalente a pagarla... pues al asumir una nueva obligación en vez de la antigua, mediante la expedición de letras de cambio, pagarés, etcétera, debe suponerse, en la duda, que la nueva obligación se asumió **pro solvendo** y no **in solutum**; lo cual enseña que el acreedor dispondrá de dos créditos y que la deuda se extingue en la medida en que efectivamente se cancele."

En igual perspectiva, Karl Larenz [22] anota que "No es raro que con la finalidad de satisfacer al acreedor, el deudor asuma una nueva obligación que obtenga para el acreedor una mayor seguridad o le facilite las consecuencias jurídicas; aceptando, por ejemplo, una letra de cambio o extendiendo una de las denominadas promesas abstractas de deuda, desligadas de la base obligacional, o un reconocimiento de deuda." Según Larenz, "el contraer semejante obligación desligada de su causa jurídica implica una 'prestación'. La ley establece la presunción de que esta prestación no tiene lugar en concepto de dación en pago, sino únicamente como medio de pago; es decir, que subsiste la relación obligatoria primitiva, quedando la nuevamente aceptada agregada a ella. El acreedor dispone entonces de dos créditos dirigidos al mismo objetivo. La ventaja para él está en que generalmente no pueden ser derivadas de la primitiva obligación excepciones contra el nuevo crédito; y por lo tanto, éste puede ser fácilmente satisfecho. El acreedor está obligado a intentar en primer lugar el cobro del nuevo crédito autónomo (por ello más peligroso para el deudor); y si este último cumple el nuevo crédito, con ello liquida al mismo tiempo su antigua obligación...".

En este punto resulta pertinente traer a la memoria lo dispuesto por el artículo 1279 del Código Civil Peruano, en el sentido que "La emisión de títulos valores o su renovación,

(22) LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Página 420.

la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación."

Hemos recordado esta norma, ya que lo establecido por ella sobre la novación objetiva resulta aplicable íntegramente al tema de la dación en pago (más aun si dentro de nuestra óptica la dación en pago carece de autonomía conceptual, siendo únicamente un supuesto más de novación objetiva).

Dentro de tal orden de ideas, remitimos al lector a nuestro análisis del artículo 1279 del Código Civil.

Aquí consideramos conveniente recordar que este concepto puede ser resumido, como lo hace el tratadista colombiano Guillermo Ospina Fernández [23], al decir que las modificaciones accidentales no producen novación ni, por ende, los efectos de ésta. Sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley, debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quienes no han participado en el acto que las introduce.

– *Consentimiento.*

Según se ha señalado, y tal como lo estatuye el artículo 1132, primera norma que consagra nuestro Código Civil a las obligaciones de dar, el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien cierto distinto de aquel que el deudor se había comprometido a entregar. Este precepto, como se recuerda, responde al principio de identidad en el pago.

Para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, el Código Civil no ha previsto normas similares a las contenidas en el artículo 1132. No hay duda, sin embargo, de que dicho principio también es de aplicación a esa clase de obli-

(23) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 447.

gaciones. De este modo, el acreedor de una prestación de dar, hacer o no hacer no puede ser obligado a recibir en pago la ejecución de una prestación distinta, aunque sea de la misma naturaleza, sin que exista acuerdo previo, sobre el particular, entre deudor y acreedor.

En opinión de Fernández Rodríguez [24], una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando el pago del objeto debido: el acreedor puede obligar al deudor a realizar la prestación debida, acudiendo en su caso a la ejecución forzosa; el deudor puede imponer al acreedor el pago, empleando si fuere preciso el expediente de la consignación judicial de lo que se debe.

Es indudable que para ejecutar la prestación debida no se necesita inexorablemente un nuevo acuerdo entre acreedor y deudor. No sucede lo mismo en la dación en pago. Señala el referido autor que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida -**aliud pro alio invito creditore solvi non potest**-, y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida -**aliud pro alio invito debitore peti non potest**-. Para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida, es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor. No puede llevarse a cabo la dación en pago, si no existe un acuerdo entre acreedor y deudor a este respecto.

Eduardo Serrano [25], a su turno, expresa que la dación en pago es un contrato formado por la declaración de voluntad del acreedor, que acepta recibir una prestación diversa de la pactada inicialmente, y por la declaración de voluntad del

(24) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Naturaleza Jurídica de la Dación en pago. En: Anuario de Derecho Civil, Serie 1, Número 2, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Página 784.
(25) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

deudor, que manifiesta su deseo de cumplir realizando una prestación diversa de la inicial.

Jorge Joaquín Llambías [26] agrega que, sin ese acuerdo de voluntades, no podría imponerse al acreedor la recepción de un objeto distinto al debido, como tampoco puede el acreedor compeler al deudor, a falta de ese acuerdo, a que le entregue algo que está al margen de su legítima expectativa.

En palabras de Latour Brotóns [27], la exigencia del consentimiento se desenvuelve en la dación en pago en dos proposiciones correlativas: el deudor no puede obligar al acreedor a recibir **aliud pro alio**; el acreedor no puede pretender del deudor **aliud pro alio** [28].

De otro lado, se ha dicho que ambas declaraciones de voluntad han de reunir las exigencias generales en materia de consentimiento contractual. Entre ellas se destaca la capacidad como presupuesto inicial del consentimiento.

La dación en pago, sin duda, es un acto de disposición, porque además del acuerdo para variar el objeto de la prestación, implica el haber pagado o el pagar con la nueva prestación. De ahí que sea necesario, además de la concurren-

(26) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 14.
(27) LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 634.
(28) Debe señalarse que de acuerdo con los principios doctrinarios que inspiran al Código Civil Peruano y para quienes admiten la dación en pago como figura autónoma respecto de la novación objetiva, es requisito fundamental para que se configure **datio in solutum** que entre el acuerdo de sustitución del objeto de pago y su ejecución no medie un lapso considerable. De lo contrario, ese acuerdo sustitutivo del objeto de pago no constituiría ya dación en pago, sino novación.
En efecto, para algunos autores -según hemos señalado con anterioridad- habrá dación en pago sólo cuando en el acto del pago, el deudor se presente ante el acreedor con el propósito de cancelar la deuda, pero ejecutando -en ese momento- una prestación diferente a la debida, y el acreedor, desde luego, acepte tal pago.

cia de los requisitos de validez del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código Civil, un poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada.

Al respecto, Eduardo Serrano [29] precisa que la capacidad necesaria para realizar la declaración de voluntad que da vida a la dación en pago, viene por el carácter de la prestación asumida por el deudor. Por tanto, si la prestación asumida por el deudor en vez de la pactada inicialmente consiste en dar o entregar un bien al acreedor, el deudor necesitará capacidad para enajenarlo, pues en tal supuesto la dación supone una transmisión onerosa de dicha cosa y la libre disposición de la misma, y el acreedor deberá tener capacidad para recibir ese bien.

Por su parte, Latour Brotóns [30] señala que para la dación en pago se requiere, además, la capacidad para enajenar de ambas partes, pues no hay que olvidar que ella entraña un contrato oneroso de enajenación. Agrega el autor que no todo mandatario para pagar o para recibir puede consentir una **datio in solutum**, sino solamente los que para ello tengan explícita facultad en el mandato.

Algunos sostienen, sin embargo, que si se cumpliese una prestación distinta a la que se debe, sin que medie intención de cancelar la obligación primitiva, no habría dación en pago.

En esta línea de pensamiento, Latour Brotóns [31] expresa que es necesaria la intención, en quien paga, de extinguir la obligación. Sin ella habría una donación o un acto sin causa.

---

(29) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 430.
(30) LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 634.
(31) LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 633.

En igual sentido, Eduardo Serrano [32] anota que si no está clara la intención de las partes sobre si la prestación distinta de la inicial es o no realizada como dación en pago, ésta no podría configurarse, ya que al implicar la dación en pago una derogación del régimen normal del cumplimiento y de la extinción de las obligaciones, su aplicación debe limitarse a aquellos casos en los que la intención de liberarse mediante dación en pago esté suficientemente acreditada.

– Naturaleza Jurídica.

En adelante, hemos de referirnos a la materia que mayores polémicas y debates ha generado en la dación en pago: su naturaleza jurídica.

Dice Eduardo Serrano [33] que es unánime en la doctrina la afirmación de que el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago es el más controvertido de los que a ella se refieren. Y en efecto, así lo es. La importancia de la materia trasciende el mero interés doctrinal para incidir, directamente, en el terreno de la práctica, ya que, en última instancia, de la postura que se adopte van a derivarse los efectos que a la misma deban atribuirse.

Sin la pretensión de reseñar todas las doctrinas expuestas acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, analizaremos sólo las principales teorías que se han elaborado al respecto.

– *La dación en pago como forma o modalidad de pago.*

La doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español -en especial- han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

---

(32) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 430.
(33) SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 423.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas [34] que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns [35] señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquellas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, Ruggiero y Maroi -citados por Fernández Rodríguez [36]- sostienen que la **datio in solutum** no es más que un equivalente de la **solutio** y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

Por su parte, Raymundo Salvat [37] anota que, según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

---

(34) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Páginas 282 a 285.
(35) LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 631.
(36) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página # 98, Página 778.
(37) SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo II, Páginas 485 y 486.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez [38], considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquélla la obligación se extingue mediante un contrato distinto del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento sino de equivalente del cumplimiento.

La dación en pago está regulada por el Código Civil Peruano de 1984 como una forma de extinción de las obligaciones, al igual que el pago. Sin embargo, mientras este último supone la ejecución de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la **datio in solutum** la obligación se extingue por ser ejecutado un **aliud pro alio**.

Así, la realización de una prestación distinta a la debida -nota característica de esta institución- nos permite diferenciarla del pago o cumplimiento en estricto.

Al respecto, señala Borda [39] que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento; pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió, en tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta; el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda [40] afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

---

(38) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página # 96, Página 778.
(39) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 623.
(40) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Página 152.

Héctor Lafaille [41] precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Karl Larenz [42] que la satisfacción del acreedor puede tener lugar también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta "en lugar del pago". A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

Por su parte, Fernández Rodríguez [43] anota que "la teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la **datio in solutum** no es pago en sentido técnico, ya que pago en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el **aliud**)."

El profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez [44] considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una forma particular de pagar.

(41) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Página 371.
(42) LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Página 418.
(43) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 779.
(44) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 275 y 276.

Precisa Llambías [45] que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras éste consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo -dice Llambías-, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero [46], la dación en pago no consiste en una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

Por otra parte, se han formulado teorías que consideran a la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria.

Según anota Fernández Rodríguez [47], entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica del concepto en cuestión). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modifica-

(45) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 10 y 11.
(46) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 347.
(47) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Páginas 774 y 775.

da, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la **datio in solutum** no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago, la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi [48] considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos -incluso los esenciales- pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad[49].

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales -causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo- es reemplazado por otro. Tal variación constituye -en realidad- una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción, salvo los casos de cesión de derechos y asunción de deuda que, como luego lo explicamos, mantienen vigente la misma obligación.

Simples modificaciones de la relación obligatoria podrían ser aquellos cambios sobre el lugar o tiempo del pago, el modo de cumplimiento, el importe de la deuda, los derivados de una constitución de garantías, entre otros, pero nunca la sustitución del objeto de pago.

---

(48) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. La Modificación Objetiva de la Relación Obligatoria: Replanteando la Dación en Pago. En: Revista Peruana de Derecho El Jurista, Año 1, Número 3, Lima, Agosto de 1991, Página 108.

(49) Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. cit., Página 123.) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

Planiol y Ripert [50] afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

En la dación en pago -agregan los citados autores- existe indudablemente una obligación, en todo momento, pero la segunda no es la misma que la primera; es una nueva obligación que toma el lugar de ésta.

Sobre la base de estas consideraciones, creemos que, cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación [51].

– *La dación en pago equivale a una compraventa.*

Existe una tesis, frágil por cierto, en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, que equipara la **datio in solutum** con la compraventa.

Algunos autores asimilan la dación en pago a la compraventa por considerar que en aquélla el bien dado en pago viene a ocupar el lugar del bien materia de la venta y que el precio está representado por la suma debida.

Puig Brutau, citado por Boffi Boggero [52], considera que la dación en pago es una figura similar a la compraventa, ya que el deudor vendería un bien por un precio que estaría signado por el valor de la deuda.

---

(50) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

(51) En este sentido, el artículo 812 del Código Civil Argentino prescribe que "... las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen."

(52) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Página 848.

– *La dación en pago entraña una operación compleja.*

Otra teoría -con relación a la naturaleza jurídica de la **datio in solutum**- afirma que la dación en pago entraña una operación compleja por participar a la vez de los caracteres de diversas figuras jurídicas.

Sostienen Starck, Roland y Boyer [53] que la dación en pago es una operación compleja que toma prestadas sus reglas al pago, a la novación y a la venta, presentándose, primero, como una variedad de pago, ya que produce un efecto de liberación.

En ciertos aspectos, señalan los referidos autores, la dación en pago se parece a una novación por cambio de objeto: el antiguo crédito es reemplazado por uno nuevo con un objeto diferente; de ahí la necesidad de un convenio entre las partes, no pudiendo el acreedor ser forzado a recibir otro modo de pago; de allí, sobre todo, la extinción de la deuda primaria y de las garantías que estaban ligadas a ella.

Agregan Starck, Roland y Boyer que muy a menudo es identificable la dación en pago con una venta; se trata como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

En opinión de Colin y Capitant, citados por Fernández Rodríguez [54], la **datio in solutum** es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor), e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable a una compraventa. Sin embargo -señalan Colin y Capitant- esta figura no deja de presentar caracteres propios

---

(53) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 79.
(54) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 780.

basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes.

– *La dación en pago entraña una convención liberatoria.*

Otros autores, en cambio, y en atención a ciertos caracteres propios de la dación en pago, consideran que esta figura entraña una convención liberatoria.

Así lo estiman Cazeaux y Trigo Represas [55], al anotar que la dación en pago importa una convención liberatoria, un acto jurídico bilateral -con finalidad extintiva de la obligación preexistente- con caracteres propios.

En igual sentido, Guillermo A. Borda [56] afirma que es más exacto hablar de una convención liberatoria de caracteres propios, que no puede ser identificada ni con el pago propiamente dicho ni con la novación.

Para Diez Picazo y Gullón [57] la naturaleza jurídica de la dación en pago es la de un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el cual el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere.

– *La dación en pago importa novación.*

Otro sector de la doctrina, en cambio, sostiene que la **datio in solutum** es un acto que importa novación [58].

---

(55) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 285.
(56) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 624.
(57) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen III, Página 256.
(58) El artículo 1277 del Código Civil Peruano de 1984 define, en su primer párrafo, el concepto en que se sustenta la novación. Por la

Esta es la tesis a la cual nos adherimos.

A nuestro modo de ver, la dación en pago es uno de los supuestos de la novación objetiva.

La **datio in solutum** supone, inevitablemente, sustituir una obligación por otra; y esto es novación. Así, para que se configure la dación en pago tiene que existir, sin duda, novación objetiva.

En efecto, nosotros reconoceríamos a la dación en pago autonomía conceptual, si al cambiar la prestación subsistiera la misma obligación. Aquí sí habría una diferencia fundamental entre la dación en pago y la novación objetiva. Pero, si la obligación cambia -pues no puede variarse de prestación en una misma relación obligacional sin extinguir la primera- y con ello las consecuencias jurídicas ya no corresponden a la obligación primigenia sino a la nueva; cabe preguntarnos ¿en qué se diferencia la dación en pago de la novación objetiva?

Bien vale la pena aclarar que el tema no pertenece, sin duda, a un ámbito meramente académico. Primero, porque todos los efectos jurídicos, según lo expresado, se generan privativamente respecto a la nueva prestación, consecuencia inevitable de una nueva relación obligacional -por breve o dilatada que sea su existencia-, y no a la prestación anterior,

---

novación se sustituye una obligación por otra. Se extingue, por tanto, la obligación primitiva u original como consecuencia del nacimiento de una nueva.
Esta institución puede presentarse bajo diversas formas, a saber, novación objetiva y novación subjetiva.
Hay novación objetiva cuando el mismo acreedor y deudor sustituyen la primitiva obligación por otra nueva, con prestación distinta o a título diferente. En estos casos se modifica la prestación o el título en virtud del cual se debe.
En la nueva obligación aparecen el mismo acreedor y el mismo deudor; no hay, en consecuencia, cambio de sujetos en la nueva relación obligacional -como en el caso de la novación subjetiva-.

ya extinguida. Y luego, porque si la dación en pago tiene el propósito de extinguir una obligación, sería contradictorio mantener viva, aunque sea por un solo instante, la obligación que justamente se extingue.

Caso distinto sucede cuando se quiere cambiar la persona del acreedor o del deudor, sin que opere una novación subjetiva. En el primer caso se recurre a la cesión de derechos, que sustituye a un nuevo acreedor en la misma relación obligatoria, con idéntico deudor, idéntica prestación e idénticas consecuencias jurídicas, pues la obligación, salvo el cambio de acreedor, continúa vigente. Algo similar ocurre en el segundo supuesto, denominado asunción de deuda. Aquí se cambia, en la misma obligación, a la persona del deudor, pero subsistiendo la misma prestación y el mismo acreedor. Y ambos actos jurídicos son posibles, porque tanto en el uno como en el otro la prestación sigue siendo la misma.

La tesis que sustentamos tiene como base, en suma, una premisa fundamental: el objeto es un elemento tan esencial en las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

Planiol, citado por Manuel Augusto Olaechea [(59)], afirma: "El objeto de la obligación es lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad, es lo que permite reconocerla; las personas que intervienen en ella ligadas con el rol de deudores o acreedores, pueden desaparecer y ser reemplazados por otros; la acreencia y la deuda son igualmente cedibles. Pero el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita."

Añade el citado autor que el cambio de objeto importa

---

(59) OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852. Op. cit., Fascículo V, Páginas 194 a 196.

novación. Si las partes modifican el objeto de la obligación, se entiende que una nueva sustituye y extingue a la antigua.

Aunque no resulta fuente citable, es sabido que Olaechea, en el curso sobre Obligaciones y Contratos que dictó en el año 1937 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, expresó su parecer en el sentido de que el Código Civil de 1936 se asociaba a la opinión de que la adjudicación en pago implicaba una novación objetiva, una novación por cambio de objeto implícito, que operaba aunque las partes no se dieran cuenta de ello.

Sobre este mismo tema, el propio Olaechea se expresa de manera más amplia en su Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, del año 1936 [60]: "Con referencia a la adjudicación en pago, el Proyecto resuelve que si el acreedor es vencido sobre la propiedad de la cosa, tendrá derecho en este caso para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá la obligación primitiva. Son de evidente interés en apoyo de la solución preferida por el Proyecto los siguientes conceptos: Tradicionalmente se considera la adjudicación en pago -dice el profesor Planiol- como un medio de extinción especial, o más bien como una variedad del pago, por derogación de la regla que obliga al deudor a entregar exactamente la cosa prometida. Es así como presenta la adjudicación en pago el artículo 1243, según lo que sostuvo Pothier. Pero este punto de vista se abandona de día en día. Los autores modernos proclaman que la adjudicación en pago implica una novación por cambio de objeto: el acreedor consiente en sustituir su primitiva acreencia por una nueva cuyo objeto es diverso; esta nueva acreencia dura un momento, el tiempo corrido entre el instante en que se perfecciona el convenio de la adjudicación en pago y el de su ejecución, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia nada su naturaleza...".

---

(60) OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, Páginas 27 y 28.

Por ello no tiene explicación que Olaechea, considerando que la dación en pago constituye, necesariamente, una novación objetiva, legislara sobre ella como una institución distinta en el Código Civil de 1936.

Al respecto, expresa Salvat [61] que según una teoría aceptada por la gran mayoría de los autores modernos, la dación en pago encierra una novación por cambio de objeto: las personas obligadas quedan siempre las mismas, pero el objeto cambia y, por consiguiente, la novación existe.

Para Arturo Valencia Zea [62], cuando hay cambio en la obligación primitiva por sustitución del objeto, puede realizarse un caso de dación en pago o una novación. En el fondo, añade el referido autor, en toda dación en pago se descubre una novación tácita por cambio de objeto seguido de la ejecución inmediata de la nueva obligación.

Antonio de la Vega Vélez [63] considera que la figura bajo análisis implica una verdadera novación por sustitución del objeto, porque al aceptar el acreedor que se le dé una cosa distinta de la que se le debe, en lo que consiente es en extinguir su crédito primitivo reemplazándolo por otro nuevo, cuyo objeto es la nueva cosa que el deudor ofrece en pago.

En opinión de Boffi Boggero [64], la **datio in solutum** es una especie de novación. Así, cuando A y B deciden cambiar la prestación debida por otra, han dado fin a una obligación y han concedido vida a la que colocan en el lugar de aquélla.

No obstante lo señalado, se han formulado argumentos contrarios a esta posición, pretendiéndose que la dación en pago no crea una nueva obligación.

---

(61) SALVAT, Raymundo. Op. cit., tomo II, Página 485.
(62) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 426.
(63) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 275.
(64) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 349.

En este sentido, León Barandiarán [65] anota que el argumento de que en la dación en pago existe una novación, según lo han sostenido quienes adoptan este temperamento, se basa en la idea de que se crea una nueva obligación para cumplir con la prestación a la cual ésta reemplaza, y así automáticamente se deja sin efecto la anterior prestación, al darse -de inmediato- cumplimiento a la nueva prestación que ha venido a surgir con la nueva obligación que ha sido convenida.

Señala León Barandiarán que el argumento es sofístico. Con la **datio in solutum** no se piensa en crear ninguna nueva obligación, sino simplemente se piensa en utilizar un nuevo medio de pago, que es sólo una consecuencia de una obligación, pero no una obligación en sí. Vale decir, existe una obligación no ejecutada y lo que se quiere simplemente es pagar esa obligación con una prestación distinta, y nada más.

Al respecto, expresa Palacio Pimentel [66] que la dación en pago es una figura claramente diferenciada de la novación objetiva. En esta surge una nueva obligación; en la dación en pago se extingue la obligación primitiva, sin que surja otra nueva en su reemplazo.

A entender de Ospina Fernández [67], la dación en pago no es una novación. La novación tiende a un doble objetivo: extinguir una obligación preexistente y crear una nueva; en tanto que en la dación en pago el consentimiento se reduce a extinguir la obligación que se trata de solucionar con la ejecución de la prestación sustitutiva, acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes.

---

(65) LEON BARANDIARAN, José. En Torno a la Novación Objetiva. En: Libro Homenaje al Doctor Mario Alzamora Valdez, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988, Páginas 5 y 6.
(66) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Páginas 566 y 567.
(67) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 421 y 422.

Manuel Albaladejo [68] considera que la dación en pago no constituye novación, porque las partes no persiguen modificar la obligación antigua (o extinguirla y dar vida a otra) cambiando su objeto, sino que -manteniéndola subsistente, tal como era, es decir, con el mismo objeto- persiguen sólo que se cumpla mediante otra prestación.

Otro sector de la doctrina afirma que hay dación en pago en tanto exista simultaneidad entre el acuerdo extintivo y su ejecución, mientras que nos encontraremos ante un acto de novación cuando medie un lapso entre dicho acuerdo y su realización.

Según esta tesis, cuando el cumplimiento de la nueva obligación se realiza acto seguido de la convención sustitutiva, se configura dación en pago, pero si la nueva prestación se ejecuta con posterioridad al acuerdo de partes, dicho acto debe mirarse como novación [69].

---

(68) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 146.
(69) Dentro del proceso de reforma al Código Civil Peruano de 1936, debemos recordar que el Ponente del Libro de Derecho de Obligaciones en la Comisión Reformadora, Felipe Osterling Parodi, coautor de este Tratado, siempre fue contrario a considerar a la dación en pago como una figura que tuviese autonomía conceptual frente a la novación objetiva.
En razón de estas consideraciones es que Osterling prescindió de la dación en pago dentro de su Proyecto de Libro VI, De las Obligaciones, entendiendo que bastaba para regular el tema con el tratamiento que en el mismo se daba a la novación objetiva.
De similar criterio fue la Comisión Reformadora, la misma que aprobó el Proyecto de Código Civil de 1981, sin comprender a la dación en pago.
El tema es incluido recién en el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, con sus artículos 1232 y 1233, antecedentes de los que más tarde fueron los artículos 1265 y 1266 del actual Código Civil.
Dentro de la perspectiva del Código Civil de 1984, ambas figuras se diferencian por considerar que la nota distintiva entre la dación en pago y la novación objetiva es la rapidez con la que se sucede en el tiempo la celebración del convenio de **datio in solutum** y su ejecución. De allí que se legisle separadamente a estas dos instituciones.
Trabajando la hipótesis -negada por nosotros- de distinguir la dación

Sobre el particular se ha dicho que no hay dación en pago y sí novación, sólo cuando media un tiempo perceptible entre una y otra operación, entre la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste.

A nuestro modo de ver, y tal como ya lo hemos manifestado, el hecho de que la segunda obligación se extinga inmediatamente después de creada o que subsista por algún tiempo carece de relevancia en lo que a la naturaleza y características de esta institución se refiere [70].

---

en pago de la novación objetiva, y sólo para efectos didácticos y de comentario al Código Civil Peruano, podríamos agregar que en algunas obligaciones no existiría problema alguno en que su extinción se efectúe a través de una dación en pago, pues no habría mayores dificultades en que dicho pago se verificase acto seguido del acuerdo con el acreedor para pagar con prestación distinta. Pero el problema sí lo advertimos en cuanto a las prestaciones cuya ejecución sea de duración continuada o periódica. En estos casos el pago no podría producirse acto seguido del acuerdo entre el deudor y el acreedor de la obligación; el pago, por la naturaleza de la relación obligacional, se prolongaría por un lapso más o menos considerable. ¿Quedaría entonces aquí descartada la figura jurídica de la dación en pago? Nos resistimos a pensar, dentro de una concepción de estricto rigor lógico, que en estos casos el transcurso del tiempo (un instante, una hora, un día, una semana, un mes, un año, etc.) pueda variar la naturaleza jurídica de figuras o instituciones.

(70) Es claro que entre el nuevo acuerdo y el pago tiene que mediar al menos un instante, el que transcurre entre el consentimiento y el pago. La simultaneidad es filosóficamente imposible. Y además, reiteramos nuestra pregunta: ¿cuánto debe tardar ese lapso? ¿Un minuto, una hora...?
En tal sentido, podríamos preguntarnos si estaríamos ante un supuesto de dación en pago o uno de novación objetiva, en el caso que un acreedor acuerde con su deudor, por teléfono, que el pago que va a efectuar el deudor ya no se va a ejecutar con el objeto A, sino con el objeto B. Si luego del acuerdo el deudor tarda más de una hora en llegar en su automóvil al domicilio del acreedor, ¿estaremos ante una dación en pago o ante una novación objetiva?
Y también podríamos preguntarnos qué ocurriría si dicho acuerdo telefónico se adoptara entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en el Cuzco, y el deudor viaja al Cuzco para pagar con el nuevo objeto, tardando el pago varias horas desde el momento del acuerdo.

De otro lado, se ha objetado la posición doctrinaria bajo comentario, por considerar que no existe en el acto de dación en pago **animus novandi**.

O, abundando en los ejemplos, preguntamos qué sucedería si el mismo acuerdo se adopta entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en Melbourne, Australia, demorando más de un día el viaje entre una ciudad y otra, teniendo en cuenta las conexiones de los vuelos a realizar y las grandes distancias a recorrer. Estimamos absurdo analizar si la demora en el pago nos ubica ante una novación objetiva o una dación en pago. Consideramos ilógico, lo repetimos, aplicar al Derecho fórmulas aritméticas en este caso.
Adicionalmente, podríamos plantearnos, para considerar lo pernicioso del criterio que combatimos, el tema de la teoría del riesgo. Lo hacemos con un ejemplo.
El señor Pérez se dirige a pagar lo que debe al señor Castro: se trata de un televisor usado marca Sony de 17 pulgadas (bien cierto). Pero no va con el mencionado artefacto, sino con uno de marca Hitachi, también usado, de 23 pulgadas (otro bien cierto).
El señor Pérez deja el televisor en su automóvil, estacionado a unos 60 metros del domicilio de su acreedor, el señor Castro. En la puerta, conversando el deudor con el acreedor, le plantea entregarle no el televisor Sony, sino el Hitachi. El acreedor acepta.
El deudor se dirige a su automóvil a recoger el televisor Hitachi, dándose con la ingrata sorpresa de que su vehículo ha sufrido la manipulación de una puerta y que unos ladrones han robado dicho televisor.
La pregunta que podríamos formularnos es si el deudor debía el televisor Sony, caso en el cual el robo del Hitachi sería indiferente, debiendo ir por el Sony y entregarlo al acreedor; o si, por el contrario, ya se encontraba obligado a entregar el Hitachi, caso en el cual, por el robo del mismo, hecho que determina su pérdida (artículo 1137, inciso 2, del Código Civil Peruano), ya no estaba obligado a cumplir esa prestación, pues la pérdida se habría producido sin culpa de las partes (artículo 1138, inciso 1).
Por nuestra parte consideramos que, obviamente, el deudor, luego de haber llegado al mencionado acuerdo con su acreedor, ya no estaba obligado a entregar el televisor Sony, sino el Hitachi. Por esta razón, simplemente ya nada debería, pues la obligación se habría extinguido y, aplicando el principio **periculum est debitoris** (artículo 1138, inciso 5, del Código Civil Peruano), su acreedor también se vería liberado de pagarle la contraprestación eventualmente convenida.
Ahora bien, imaginemos un supuesto distinto: que el deudor, luego de haber acordado con su acreedor el cambio de un televisor por otro, decide, dolosamente, no entregarlo.

Este argumento, a nuestro juicio, carece de sustento alguno.

Como reiteradamente lo hemos expresado, para que se produzca dación en pago resulta indispensable que acreedor y deudor lleguen a un acuerdo en tal sentido, vale decir, que ambos convengan en que ya no se pague al acreedor con el objeto (hablando en el más amplio sentido del término) debido inicialmente sino con uno distinto.

Este acuerdo, sin duda, se celebra porque a ambas partes les interesa efectuar dicho cambio, pues en caso contrario simplemente no llegarían a celebrar el mencionado convenio.

Dentro de tal orden de ideas, no nos cabe duda alguna de que en ambas partes está presente, y de la manera más clara, el **animus novandi**, en la medida en que -de modo expreso- cambian una obligación por otra.

La pregunta que podríamos plantearnos es si el acreedor estaría en aptitud de demandar la ejecución forzosa para que se le entregue el televisor Sony o el Hitachi. Creemos -sin temor a equivocarnos- que el único artefacto que podría exigir sería el televisor Hitachi, y ya no el Sony, pues este último, simplemente, se había dejado de deber.
Los supuestos mencionados nos conducen, ineludiblemente, a afirmar que la dación en pago es una figura carente de autonomía conceptual. Se trata, en suma, de uno de los tantos supuestos pasibles de estar comprendidos dentro de la novación objetiva.
Resulta evidente, en tal sentido, que las consecuencias que se derivan de una dación en pago son aquellas que nacen de la nueva obligación, fruto de la novación producida respecto de la obligación originaria. En razón de estas consideraciones es que entendemos que los resultados de un pacto de dación en pago son los mismos que los de una novación objetiva.
Reafirmamos lo dicho, en fin, sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1900 del Código Civil, donde se establece que el fiador queda liberado si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción. ¿Por qué, nos preguntamos, el fiador quedaría liberado? La respuesta es obvia: porque se trata de una nueva relación obligacional que se extingue cuando el acreedor y el deudor convienen en que este último entregue un bien en pago de la deuda original, cuya prestación ha sido sustituida, en dicha nueva relación, por ese bien.

Más aun, consideramos que cabría preguntarnos si en el caso de la dación en pago, la novaciòn que ella implica debe darse siempre de manera expresa, o si cabe que se produzca por incompatibilidad en la coexistencia simultánea de los dos objetos.

Creemos que no hay razones para suponer que en la dación en pago no puedan darse ambas posibilidades.

Ello porque, insistimos, se trata de un supuesto más de novación objetiva, y el Código Civil Peruano de 1984 incorpora, dentro de sus normas, al segundo párrafo del artículo 1277, el mismo que prescribe lo siguiente: "Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."

Para mayores referencias sobre el particular, remitimos al lector a nuestro análisis del artículo 1277 del Código Civil.

Y, por último, también debemos tener en cuenta lo expresado por Greco, quien es citado por Cazeaux y Trigo Represas [71], cuando afirma -en criterio que compartimos- que no es la sola intención de las partes, desprendida del ordenamiento, la que debe tenerse en cuenta para resolver la esencia jurídica de una figura determinada.

Como ha sido señalado por nosotros, el Código Civil Peruano legisla de manera independiente y separada la novación y la dación en pago [72].

---

(71) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 285.

(72) La novación es regulada en el Título III de la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil Peruano de 1984, artículos 1277 a 1287, del texto siguiente:
Artículo 1277.- Por la novación se sustituye una obligación por otra. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

En tal sentido y antes de finalizar nuestro análisis de la naturaleza jurídica de la dación en pago, consideramos pertinente establecer una comparación entre ambas instituciones.

Aclaramos, sin embargo, que no nos referimos a todas las clases o supuestos de novación, ya que no todos ellos, por

---

Artículo 1278.- Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.
Artículo 1279.- La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.
Artículo 1280.- En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.
Artículo 1281.- La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor.
Artículo 1282.- La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.
Artículo 1283.- En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.
Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.
Artículo 1284.- Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.
Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.
Artículo 1285.- Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.
Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura.
Artículo 1286.- Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.
Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.
Artículo 1287.- Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

más esfuerzos dialécticos que se efectúen, son susceptibles de compararse con la dación en pago.

Como es sabido, la novación reviste dos grandes formas. La primera es la novación subjetiva, vale decir, aquella en la que se produce una modificación en los sujetos de la relación obligatoria, permaneciendo el objeto de ella (la prestación) inalterada. La novación subjetiva, a su vez, puede ser por cambio de acreedor o por cambio de deudor. La novación subjetiva por cambio de deudor, a su turno, se presenta por delegación o por expromisión.

La otra forma de novación es la objetiva. Ella implica un cambio en el objeto de la relación obligatoria, quedando los sujetos de dicha relación tal como se encontraban antes de efectuarse la novación.

Como viene siendo expresado en estas páginas, la dación en pago tiene relación directa con el objeto de la obligación, pues ella genera un pago con objeto distinto a aquel que es materia de la relación obligatoria. En tal sentido, resultan obvias las diferencias existentes entre la dación en pago y la novación subjetiva por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en este último caso, en cualquiera de sus dos modalidades).

Todo lo contrario ocurre entre la dación en pago y la novación objetiva, pues es precisamente respecto a este tipo de novación que surgen la mayoría de opiniones destinadas a asimilar o a diferenciar ambas figuras.

En adelante, tal como lo hemos manifestado, vamos a comparar, en diversos temas que regula el régimen legal peruano vigente, a la dación en pago y la novación objetiva, a fin de comprobar que ambas figuras comparten similar naturaleza jurídica.

(a) *Sobre la alteración de la relación obligatoria.*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1265 del Código Civil, la dación en pago no implicaría, necesariamente,

una alteración de la relación obligatoria, en la medida en que sólo se hace alusión a la posibilidad de efectuar el pago cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Sin embargo, ello no resulta posible ni teórica ni prácticamente, tal como ha sido explicado por nosotros.

En la novación -igualmente- se produce un cambio o sustitución de una obligación por otra, tal como lo prescribe el artículo 1277 del Código Civil.

(b) *Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto.*

Debemos señalar que, no obstante que la escueta regulación de la dación en pago no se coloca en esta hipótesis, entendemos que sería perfectamente posible que a esta figura jurídica le sean de estricta aplicación los conceptos contenidos en el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil, en el sentido de que la novación precisa que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Sin embargo, habría que ser muy cauto con esta última alternativa, cuando nos encontremos ante una dación en pago, en la medida en que deberá existir la absoluta certeza de que efectivamente se está produciendo una dación en pago en relación a la obligación de que se trata, y no un pago distinto, derivado de otra causa-fuente, es decir, por efecto de alguna otra obligación diferente.

(c) *Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.*

El artículo 1278 del Código Civil señala que hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

En el caso de la dación en pago, se entiende que ésta se

verifica por la modificación de la prestación con que se paga, mas no por una variación en el título de la obligación, situación que nos colocaría -aun dentro del régimen legal peruano- irremediablemente dentro del campo de la novación objetiva.

(d) *Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios.*

De conformidad con lo establecido por el artículo 1279 del Código Civil, la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

Por nuestra parte, y tal como lo expresamos más adelante en el análisis del citado artículo 1279, diremos que, en general, no produce novación cualquier cambio accesorio que se produzca en la obligación.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En ese orden de ideas, existe una posición doctrinaria [73] se-

---

(73) Luciano Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. ¿Es el Derecho de Obligaciones un Derecho Neutral? Pautas Para un Proyecto de Ley de Enmiendas al Libro VI del Código Civil. En: Universidad de Lima. Diez Años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional, Tomo II, 1995, Páginas 62 a 64.) expresa lo siguiente:
"El proyecto elaborado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 no contenía una regulación especial de la dación en pago; pues, de acuerdo al ponente del libro de obligaciones, Dr. Felipe Osterling Parodi, ...constituye una novación por cambio de objeto y por ello la incorporaba en el título de la novación. En efecto, en la doctrina se han producido debates en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago. Entre ellos se ha discutido la calificación de la dación en pago mediante su identificación con otras figuras jurídicamente afines.

gún la cual con la dación en pago no se estaría extinguiendo una relación obligatoria, sino procediendo a su modificación o regulación.

Así, se ha asimilado a la novación objetiva. Al respecto, el Dr. Osterling señala: 'Para que se configure la dación en pago o adjudicación en pago tiene que existir, sin duda, una novación objetiva. La dación en pago supone, inevitablemente, sustituir una obligación por otra, y esto es novación'.
Sin embargo, la doctrina moderna reconoce que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya. En otras palabras, no toda modificación de la relación obligatoria implica novación. En tal sentido, Francisco de Asís Sancho Rebullida señala: ...'modificar' es algo distinto de 'extinguir', en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del **quid** modificado'.
Lo señalado es importante desde un punto de vista práctico pues la permanencia o no de la relación obligatoria está vinculada directamente a la pervivencia o no del régimen jurídico anterior. Y esto contribuye a la reducción de los costos de transacción.
Para la doctrina civil clásica resulta difícil pues, admitir que la individualidad de la relación obligatoria permanezca inmutada a pesar de la modificación de un elemento esencial.
Actualmente, en concordancia con las necesidades del tráfico, existen instrumentos más ágiles y más prácticos que la novación, por lo que se ha dado a la novación un carácter secundario. Esto lleva a Sancho Rebullida a decir: 'la novación descansa únicamente en ideas hace siglo olvidadas'. Podríamos decir que, en los Códigos que la consagran, la novación ha quedado como testimonio de la autonomía de la voluntad.
Nuestro Código define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En tal sentido, la dación en pago puede y debe ser entendida como un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor, con el objeto de modificar una relación obligatoria preexistente. Dicha modificación se realiza mediante la sustitución de la prestación primitiva por una nueva.
Desde este punto de vista, la dación en pago constituye un mecanismo más ágil, puesto que supone la pervivencia del régimen jurídico anterior. Las partes evitan entonces volver a negociar todas las posibles situaciones, lo que a su vez significa reducción de los costos de transacción.
¿Significa esto que la novación debe eliminarse? Creemos que no puesto que, de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden realizarla y, además, porque cuando la modificación

Justamente respecto a este punto debemos señalar que es cierto que los contratos pueden tener esas cuatro funciones y, en tal sentido, la dación en pago, dentro del régimen legal del Código Civil Peruano, resultaría ser un convenio con una finalidad modificatoria.

La dación en pago, tal como es concebida por nuestro Código, simplemente constituye un pacto por el cual el acreedor accede a recibir un pago con una prestación distinta a la originalmente debida. Pero, a través de la dación en pago, se estaría cambiando la obligación y por ello generaría efectos novatorios.

La dación en pago tiene como característica fundamental la variación del objeto debido. Es decir, se trata de un pacto para alterar -de mutuo acuerdo- el principio de identidad en el pago. Por ello es obvio que la dación en pago exige una diferencia sustancial entre el objeto inicialmente pactado y aquel con el que se acuerda proceder a pagar, pues de lo contrario, vale decir, si el cambio fuese irrelevante, nos encontraríamos ante el pago de lo mismo, sólo que tal vez con alguna modalidad especial, en cantidad mayor o menor, en plazo distinto, o, en general, con cualquier variación que no sea fundamental como para considerar que estamos ante una dación en pago y no ante el pago de lo mismo.

Por otra parte, consideramos que este principio debería ser interpretado de manera coherente con el artículo 1279 del Código Civil, pues el sentido de las apreciaciones que estamos virtiendo en relación con la dación en pago es prácticamente el mismo que para el caso de la novación objetiva.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos señalar que tanto

---

suponga un cambio en la función económica del negocio, la cual se debe realizar a través de la relación obligatoria, ésta ya no será, evidentemente, la misma.
Por todas estas razones, creemos que no hay, estrictamente, duplicidad de funciones entre la dación en pago y la novación objetiva, por lo que creemos que sería conveniente no introducir cambios."

para la dación en pago como para la novación objetiva, ningún cambio accesorio en la prestación a pagar da origen a alguna de las dos figuras mencionadas.

(e) *Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros.*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Como ha sido señalado por nosotros, en la dación en pago se produce -al momento de celebrarse el acuerdo en virtud del cual se podrá pagar con prestación distinta- una extinción de la obligación existente entre acreedor y deudor; lo cual significa, en buena cuenta, que, dentro del régimen legal peruano, una dación en pago donde todavía no se ha verificado el pago, implica que el deudor deba al acreedor una prestación diferente a la que originariamente le debía. Esta situación -doctrinaria y conceptualmente- nos parece correcta (y justamente por esto es que le negamos autonomía conceptual a la dación en pago).

Por tal razón, luego de celebrado un acuerdo de dación en pago, en tanto el pago todavía no se hubiese verificado, deberá entenderse que está vigente la nueva obligación. Dentro de tal orden de ideas, en relación con el tema de las garantías que aseguran el cumplimiento de dicha obligación, ellas se habrán extinguido, en la medida en que ha habido extinción de la obligación primitiva y la sustitución de esta obligación por otra.

(f) *Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple.*

De conformidad con lo previsto por el primer párrafo del artículo 1284 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Este precepto, propio de la novación, también resultaría aplicable al caso de la dación en pago, en la medida en que dentro de esta figura se produce la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Sin embargo, cabría preguntarse si resultaría posible que se celebre una dación en pago en que las partes acuerden que se pagará con una prestación distinta a la debida, sujetando este hecho a la eventualidad de una condición o al advenimiento de un plazo.

Creemos que ello es factible y que tal situación no impediría que se produzca una dación en pago, en la medida en que nosotros negamos cualquier relevancia a las dimensiones del lapso que debe mediar entre el acuerdo de dación en pago y el momento en que efectivamente se verifique dicho pago.

(g) *Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición suspensiva.*

En virtud de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1284 del Código Civil, las mismas reglas del primer párrafo de este numeral se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.

Como podrá apreciarse en nuestro análisis del artículo 1284, en lo que respecta a este segundo párrafo, lo cuestionamos seriamente por considerar que la norma carece de sentido y que los principios que deberían aplicarse son exactamente los contrarios.

Pero, no obstante nuestra posición al respecto, debemos señalar que en este punto también sería posible imaginar una dación en pago, en la cual se proponga hacer un pago puro y simple con una prestación distinta a la debida originalmente, que hubiese estado sujeta a condición suspensiva.

(h) *Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición resolutoria, siendo la obligación original una pura y simple.*

De acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo

1285 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Se podría imaginar que aquello que se hubiese acordado pagar en vez del objeto de la obligación contraída, esté sujeto a una condición resolutoria. Esta situación, sin embargo, no impediría que estuviéramos en presencia de una dación en pago.

(i) *Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición resolutoria.*

El segundo párrafo del artículo 1285 del Código Civil prescribe que se aplican reglas similares a las contenidas en el primer párrafo de este numeral si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera simple.

Naturalmente que ello, dentro de la libertad contractual recogida por nuestro Código Civil, resultaría factible de pactarse a manera de dación en pago.

(j) *Sobre la nulidad de la obligación original.*

El artículo 1286, primer párrafo, establece que si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación. Resulta obvio que si estuviésemos frente a una obligación nula, no cabría la posibilidad de pactar una dación en pago en torno a la misma, pues también sería nula.

(k) *Sobre el carácter anulable de la obligación original.*

El artículo 1286, segundo párrafo, señala que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

En el caso de la dación en pago, si estuviésemos frente a una obligación anulable, ésta sería una obligación con validez actual e invalidez pendiente, la misma que podría llegar

o no a verificarse en algún momento. De acuerdo con esta consideración, mientras una obligación anulable no se anule, es válida y, en tal sentido, no habría razón alguna para proscribir la posibilidad de celebración de una dación en pago.

(l) *Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva.*

En virtud de lo establecido por el artículo 1287 del Código Civil, si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

Algo similar a lo señalado en este numeral sería susceptible de presentarse en la dación en pago, pues esta figura -lo reiteramos- constituye sólo un supuesto más de novación objetiva.

– Efectos de la dación en pago.

Desde el punto de vista práctico, el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago parecería indiferente. No obstante, de la posición que se adopte al respecto van a derivarse los efectos que a la misma deban atribuirse. Al haber adoptado nosotros la teoría que considera a la dación en pago como un supuesto de novación objetiva, estimamos que los efectos de la dación en pago serían los mencionados a continuación.

(a) *Sobre las garantías de la obligación.*

Por considerar que la dación en pago es un supuesto de novación objetiva, en nuestra opinión, la extinción definitiva y absoluta de la obligación originaria y de las garantías reales o personales que sobre ésta se hubiesen constituido son consecuencia de esta institución [74].

---

(74) Al respecto, refiere Eduardo Serrano (SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.) que en el Derecho Romano los Sabinianos reconocían

Sin embargo, no existe un criterio unívoco sobre el tema.

Así, por ejemplo, en caso de que el acreedor del bien dado en pago sea vencido en un proceso sobre la propiedad de dicho bien, se discute en doctrina si la obligación primitiva revive o no, de forma tal que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la deuda originaria.

(b) *Sobre las obligaciones de saneamiento.*

Planiol y Ripert [75] anotan que la naturaleza jurídica de la dación en pago sólo tiene real importancia en el tema de la evicción del acreedor. Si se trata de una simple modalidad del pago, se dice que el acreedor vencido en la evicción no fue pagado y que, por tanto, su acción subsiste con todas sus garantías accesorias; si hubo novación, la acción primitiva quedó extinguida definitivamente y el acreedor no podrá ejercitar sino la acción derivada de su nuevo crédito; si se produjo una venta, podrá ejercitar el recurso de garantía correspondiente a todo comprador.

Según Albaladejo [76], se discute en doctrina cuáles son los derechos del acreedor que recibe una cosa en pago, si ésta tiene vicios ocultos o se pierde por evicción, y la solución depende de la naturaleza que se atribuya a la dación en pago. Pero, en general -conforme señala el citado profesor-, se puede decir que prevalece la opinión de considerar obli-

---

a la **datio in solutum** una eficacia extintiva de la obligación **ipso iure**, como si fuese el mismo pago. Por el contrario, los Proculeyanos atribuían a la misma una eficacia indirecta, es decir, que la obligación originaria en definitiva subsistía, y la **datio in solutum** operaba por vía de excepción. Se atribuía al deudor que pagaba con prestación diferente a la originalmente pactada la posibilidad de oponer una **exceptio doli mali** al acreedor que le reclamase la prestación debida originariamente, después de haber aceptado una prestación diversa **in solutum**.

(75) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

(76) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 146.

gado al que dio en pago el saneamiento (por evicción o por vicios ocultos) de la cosa dada, bien por estimar que la dación en pago es una venta, aplicándosele, entonces, las reglas de ésta, y, entre ellas, las relativas al saneamiento de lo vendido, bien por estimar que aunque no lo sea, es, al menos, un contrato oneroso (pues se encamina al cambio de la prestación antigua por la nueva), al que, en principio, son aplicables las normas de la compraventa referentes al saneamiento. En su opinión, hay que descartar esa tesis y, partiendo de que la obligación se extingue por la dación en pago -y, en principio, no renace después- el acreedor sufre evicción de lo que le fue dado en pago [77].

Manuel Augusto Olaechea [78] expresa que el partido que se

---

(77) Sobre el particular, Eduardo Serrano (SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.) considera que otro aspecto muy discutido en la doctrina romanista, y que se plantea en los mismos términos en el Derecho moderno, es el de la solución que deba seguirse en el caso de evicción de la cosa dada en lugar de la prestación originaria, pues los textos romanos son frecuentemente contradictorios y así se encuentran en Marciano en D.46.3.46 "**si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, aes tristina obligatorio, etsi proparte fuerit evicta, tamen prosolido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eiius fieret. 1. sed et si duos fundos verni gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio, tunc ergo res pro solido fact est scipientis. 2. sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit non liberatur**."
Serrano también señala que la misma doble solución se encontraría en dos textos de Paulo. Así, en D.46.3.98 parece inclinarse en el caso de evicción de la cosa dada en dación por el resurgir de la obligación originaria, mientras que en otro texto, D.41.3.4.17, y equiparando la **datio in solutum** con la compraventa, parece inclinarse a favor de conceder al acreedor una **utilis actio ex empto**. Se trata de dos soluciones opuestas entre sí, pues por un lado afirma que la evicción de todo o parte de un fundo determina el resurgir de la relación originaria; y por otro, en el mismo texto y para el caso en que sea dado un fundo valorado por efecto del dolo en cantidad superior a su valor real, la dación se estima válida pero el deudor queda liberado con el pago del equivalente del valor de la prestación.

(78) OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil de 1936, Página 28.

tome es indiferente desde el punto de vista práctico. Implicando la adjudicación en pago una novación seguida de ejecución inmediata, todo se ha concluido entre las partes; pero el interés aparece si se supone que el acreedor es perturbado en la posesión de la cosa que recibió en pago. En esta hipótesis, las opiniones se separan: conforme a la opinión tradicional, debe admitirse que el acreedor eviccionado no fue efectivamente pagado y por consiguiente mantiene su acción primitiva que revive con todas sus garantías y accesorios; según la teoría moderna, se decide que la primitiva acción quedó extinguida por la novación operada y que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado como comprador por la evicción que ha sufrido.

Es esta última tesis la que sostenemos, en virtud de la cual la primitiva acción queda extinguida por haber operado novación, de suerte que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado por la evicción que ha sufrido.

En este sentido, Valencia Zea [79] señala que la dación en pago exige los mismos requisitos del cumplimiento normal y tiene iguales efectos que el pago; el crédito se extingue sin consideración a si el objeto entregado corresponde o no al valor primitivo.

Entiende el profesor colombiano que, si el crédito anterior se extingue, las nuevas relaciones que se establezcan entre deudor y acreedor recaerán exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago. Si se debe un semoviente y el acreedor acepta que, en el momento del pago, se le entregue uno diferente, las cuestiones relativas a vicios redhibitorios, saneamiento por evicción, entre otras, se referirán al nuevo semoviente y no al antiguo. Por lo tanto, el acreedor no puede desistir del nuevo acuerdo y hacer revivir el antiguo.

En relación con los efectos de la dación en pago para el Derecho Alemán, Enneccerus, Kipp y Wolff [80] sostienen que si el objeto prestado le es eviccionado por un tercero al acreedor, éste no puede invocar su antiguo crédito, pues lo ha extinguido definitivamente a cambio del objeto dado en pago; tiene los mismos derechos que corresponden al comprador en el caso de evicción del objeto de la compraventa y, por tanto, puede exigir indemnización o, si el deudor se halla en mora con respecto a la transmisión del derecho, fijar un plazo prudencial (declarando que rechaza el cumplimiento posterior) y, una vez transcurrido este plazo, exigir indemnización por incumplimiento o resolver el contrato.

En la misma línea de pensamiento, recuerda Borda [81] que, en opinión de Vélez Sarsfield, si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado como comprador, mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

Acerca del tema, el Código Civil de 1936, en su artículo 1279, establecía que si el acreedor era vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa recibida en pago, tenía derecho para ser indemnizado como comprador, pero no revivía en este caso la obligación primitiva.

Se concebía de este modo a la dación en pago como novación [82].

---

(79) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

(80) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Volumen I, Páginas 320 y 321.

(81) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 623 y 624.

(82) Llama la atención, insistimos en ello, que el legislador de 1936 proclamara en la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro Quinto que la dación en pago constituía una novación por cambio de objeto, y que, sin embargo, la legislara separadamente.
Por eso, el Proyecto de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (Comisión Reformadora) propuso no legislar sobre la dación en pago, sino incorporarla en el Título relativo a la novación. Por tradición jurídica, sin embargo, se continuó legislando ambas figuras independientemente.

(c) *Sobre la teoría del riesgo.*

Como ha sido mencionado por nosotros utilizando ejemplos dentro del análisis que estamos efectuando, si la dación en pago es sólo un supuesto de novación objetiva, resulta evidente que, en materia de la teoría del riesgo, los efectos de ambas figuras serán exactamente los mismos.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que si se ha producido una dación en pago o una novación objetiva, hasta antes de efectuado el pago (que en el caso de las obligaciones de dar equivale a decir hasta antes de haberse entregado el bien), la teoría del riesgo y los alcances del artículo 1138 del Código Civil se vinculan ineludiblemente con el bien objeto de la nueva obligación. Esto significa que lo ocurrido con el bien objeto de la primera obligación (la ya extinguida) no tendrá relevancia alguna.

Está claro que si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas también serían aplicables al tema las disposiciones de los artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil; y si, además, fuese un contrato de compraventa, serían aplicables los numerales 1567, 1568, 1569 y 1570 del referido cuerpo legal.

También resulta evidente que el tema de la teoría del riesgo sería aplicable a la nueva obligación cuando nos encontrásemos ante una obligación de hacer o de no hacer.

(d) *Sobre el reconocimiento de las obligaciones.*

En relación con el tema del reconocimiento de las obligaciones, ya comentado por nosotros en ocasión del análisis del artículo 1205 del Código Civil, debemos señalar que, si se presentase un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, luego de haberse celebrado un convenio de dación en pago, dicho reconocimiento podría recaer única y exclusivamente en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, y no de la anterior obligación ya extinguida.

(e) *Sobre la cesión de derechos.*

Respecto a la transmisión de las obligaciones a través de la cesión de derechos, resulta pertinente señalar que, luego de estipulada una dación en pago y antes de verificarse el pago, sólo resultaría posible que el acreedor cediera a un tercero cesionario el derecho a hacer efectiva la nueva obligación, la única subsistente. Es obvio que aquí no cabría ceder derechos que corresponderían a una obligación extinguida.

(f) *Sobre los efectos generales de las obligaciones.*

Es claro, dentro de los conceptos expresados, que los efectos propios del artículo 1218 del Código Civil, que prescribe que la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley, o se ha pactado en contrario, serán aplicables a la obligación que surge del acuerdo de dación en pago y no a la anterior.

Los mismos principios resultan de aplicación a los efectos de las obligaciones contenidos en el artículo 1219 del Código sustantivo.

(g) *Sobre el pago en general.*

Todas las disposiciones generales del pago sólo son aplicables a la obligación resultante del acuerdo de dación en pago, la única exigible.

(h) *Sobre el pago de intereses.*

Si luego de concertado un acuerdo de dación en pago, media un lapso suficiente como para generar intereses, éstos se devengarán sobre la obligación nacida del acuerdo de dación en pago.

(i) *Sobre el pago por consignación.*

Si, celebrado el acuerdo de dación en pago, el acreedor se negase a recibir el pago o, por alguna circunstancia distinta,

se encontrara en la imposibilidad de recibirlo, el deudor tendrá el derecho de consignar la prestación debida, la que, obviamente, sería aquella fruto del acuerdo de dación en pago.

(j) *Sobre la imputación del pago.*

Si se presentase algún supuesto de imputación del pago entre un mismo deudor y un mismo acreedor de diferentes obligaciones, tendría que considerarse, para cualquier efecto, a la obligación surgida de la dación en pago.

(k) *Sobre el pago con subrogación.*

Tanto en el supuesto de la subrogación de pleno derecho, como de la subrogación convencional, el pago que se efectúe debe estar referido a la nueva obligación. Resulta evidente que un eventual pago de la obligación primigenia -ya extinguida- no surtiría, para los fines de la subrogación, efecto alguno.

(l) *Sobre el pago indebido.*

En lo referente al pago indebido, podría presentarse este supuesto si el deudor o un tercero, incurriendo en error de hecho o de derecho, pagara la obligación primitiva en lugar de la correspondiente al acuerdo de dación en pago.

(ll) *Sobre la novación.*

Como reiteradamente lo hemos señalado, en nuestra opinión los efectos de la dación en pago son fundamentalmente los mismos que aquellos que corresponden a la novación objetiva.

Al celebrarse una dación en pago se está concertando, en rigor, una novación objetiva, al cambiarse una obligación por otra.

Pero esto no constituye obstáculo para que, luego de produ-

cida la dación en pago, se pueda volver a celebrar un nuevo acuerdo de dación en pago o novatorio (lo que en buena cuenta significa lo mismo) respecto de la nueva obligación.

(m) *Sobre la compensación.*

En lo relativo a la posibilidad de compensar dos obligaciones que tengan recíprocamente dos partes, resulta claro que una de ellas deberá estar constituida por la obligación fruto de la dación en pago. La obligación extinguida por el acuerdo de dación en pago nunca podría compensarse.

(n) *Sobre la condonación.*

Si eventualmente acreedor y deudor quisieran recurrir al mecanismo de la condonación o perdón de la deuda, como medio extintivo de la obligación, sólo les quedaría recurrir a la condonación de aquella obligación surgida del acuerdo de dación en pago.

(ñ) *Sobre la consolidación.*

Para que se produzca la consolidación es necesario que se confundan en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor. Si se hubiese producido un acuerdo de dación en pago, con un pago todavía no verificado, la consolidación tendría necesariamente que referirse a la obligación nacida de ese acuerdo.

(o) *Sobre la transacción.*

Es claro que si existiesen asuntos dudosos o litigiosos en relación con la obligación original, ello ya no ofrecería inconvenientes, pues se trataría de una obligación extinguida. Dentro de tal orden de ideas, para poder llegar a un acuerdo transaccional que dé solución a un eventual conflicto de intereses entre las partes, deberá tomarse como referencia y elemento objeto de la transacción a la obligación surgida del acuerdo de dación en pago.

(p) *Sobre el mutuo disenso.*

Respecto de este punto, son de plena aplicación nuestros comentarios efectuados al caso de la transacción.

(q) *Sobre las disposiciones generales de inejecución de obligaciones.*

Con posterioridad al acuerdo de dación en pago, la única obligación que tiene que cumplirse es la nueva; y si se incumpliese esta obligación, todas las consecuencias derivadas de su inejecución estarían referidas a ella.

(r) *Sobre la mora.*

Luego del acuerdo de dación en pago, el acreedor única y exclusivamente podría exigir el cumplimiento de la obligación surgida de dicho acuerdo y, de configurarse la situación de mora, evidentemente deberá estar referida a la nueva obligación.

(s) *Sobre la cláusula penal.*

Como es sabido, la cláusula penal es una estipulación accesoria que puede pactarse contemporáneamente al nacimiento de la obligación o en un momento posterior.

Imaginemos por un instante que estamos en presencia de una obligación con cláusula penal. Imaginemos también que luego se produce un acuerdo de dación en pago. Este acuerdo, como ha sido señalado por nosotros, tiene efectos novatorios, vale decir, que produce la extinción de la obligación primigenia. Y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al producirse la extinción de la obligación primigenia, se produce la extinción de la cláusula penal.

En tal sentido, si quisiera mantenerse la estipulación de cláusula penal en la obligación surgida del acuerdo de

dación en pago, tendría que convenirse, coetánea o posteriormente a dicho acuerdo, una nueva penalidad.

– Consideraciones finales.

Los efectos mencionados son, en opinión nuestra, los principales que presenta la dación en pago dentro del ámbito del Derecho de Obligaciones en el ordenamiento jurídico peruano. Sin haber estado en nuestro ánimo agotar los efectos jurídicos de la dación en pago respecto a todos los preceptos del Derecho Civil, en cuanto sean pertinentes, cualquier omisión se suple fácilmente al considerar tal institución como un caso de novación objetiva.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la dación en pago, consideramos conveniente establecer que esta figura no debe confundirse con las obligaciones alternativas o facultativas. Así lo previene claramente Raymundo Salvat [83] cuando señala que:

"Entre las obligaciones alternativas y el pago por entrega de bienes, existe la siguiente diferencia: en las primeras, cualquiera sea la prestación elegida por el deudor para el cumplimiento de la obligación, esa prestación era debida desde el origen de ésta y, por consiguiente, no habría habido sustitución de una por otra. En el pago por entrega de bienes, la sustitución existe.

Además, en el pago por entrega de bienes se necesita acuerdo de voluntades, mientras que en la obligación alternativa la elección de la prestación que se cumple es un acto exclusivo del deudor o del acreedor, según sea a quien corresponda el derecho de elección.

(...) Entre las obligaciones facultativas y el pago por entrega de bienes, hay un punto de semejanza: que en ambos casos hay sustitución de una prestación por otra. Pero existen las siguientes

---

(83) SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo II, Páginas 484 y 485.

diferencias: en la obligación facultativa, la sustitución es obligatoria para el acreedor, y el deudor tiene el derecho de hacerla; en el pago por entrega de bienes, la sustitución es voluntaria para el acreedor y el deudor no puede imponérsela; en la obligación facultativa la sustitución tiene su origen en el título mismo de la obligación; en el pago por entrega de bienes, por el contrario, la sustitución tiene su origen en una convención posterior al nacimiento de la obligación e independiente de ella."

En efecto, por existir una prestación **in facultate solutionis**, el deudor de una obligación facultativa puede satisfacer el cumplimiento de la obligación originaria con la ejecución de otra prestación distinta.

De allí que la dación en pago pretende asimilarse, en algunas ocasiones, a las obligaciones facultativas.

Esta concepción, sin embargo, es errónea, ya que en la dación en pago acreedor y deudor no convienen, al tiempo del nacimiento de la deuda, en otorgar al deudor facultad de sustitución en el objeto de pago.

En este sentido, Barchi Velaochaga [84] anota que, en las relaciones obligatorias con facultad de sustitución, se concede al deudor la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación "sustitutoria" -denominada por nuestro Código Civil prestación "accesoria"-, previamente establecida, distinta a la prestación "debida".

La facultad de sustitución -considera Barchi Velaochaga- implica la posibilidad del deudor de modificar el objeto de la relación obligatoria. Tal posibilidad ha sido previamente establecida por las partes como un derecho potestativo del deudor.

En la dación en pago, en cambio, las partes no han previsto una prestación "sustitutoria".

---

(84) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. cit., Páginas 117 y 188.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1265.***

Este artículo debe ser derogado.

- ***Fundamento.***

Proponemos la derogatoria del artículo 1265 del Código Civil, norma que legisla a la dación en pago como figura autónoma, por considerar que ella constituye un supuesto de novación objetiva. Así, la figura de la **datio in solutum**, sin descartarse de la ley civil, quedaría incorporada en las disposiciones referentes a la novación objetiva, tal como lo impone su propia naturaleza jurídica.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1265.***

La dación en pago cuenta, entre otras, con las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "El acreedor que acepta como transacción, en la cesión de bienes, la entrega de mercaderías, queda pagado del importe de su crédito." Ejecutoria del 27 de abril de 1932. Revista de los Tribunales, Página 59. (Artículo 1274 del Código Civil de 1936).

II.- "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, Pagina 1371. (Artículos 1239, 1241 y 1274 del Código Civil de 1936 y 1225 y 1226 del Código Civil de 1984).

- ***Concordancias nacionales.***

Alimentos en forma diferentes a pensión, artículo 484 del Código Civil / Novación, artículo 1277 del Código Civil / Novación

objetiva, artículo 1278 del Código Civil / Prohibiciones para adquirir, artículo 1369 del Código Civil / Retracto, artículo 1593 del Código Civil / Liberación del fiador, artículo 1900 del Código Civil / Acto jurídico posterior a la sentencia, artículo 339 del Código Procesal Civil.

– SUPUESTO EN QUE LA DACION EN PAGO SE REGULA POR LAS NORMAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Artículo 1266.- "*Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1266.*

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, no regula el tema, al igual que el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.*

El *Código Civil de 1852* se ocupaba de la materia en su artículo 1482: "Está sujeta a retracto la venta que se hace de una cosa a título de adjudicación en pago."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en el numeral 2930: "Cuando se determina el precio por el cual el acreedor recibe en pago un bien corporal, como frutos o cualquiera otra cosa, sus relaciones con el deudor están sujetas a las reglas de la compraventa."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en el artículo 246: "Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato

de compraventa."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 235: "Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1266: "Si se determinase la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, trataba el tema en el artículo 1276: "Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa."

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 punto en su artículo 127: "Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, no legislaba sobre el particular, al igual que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*.

Por último, anotamos que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, legisló sobre la materia en el artículo 1233: "Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1266 del Código Civil Peruano, el Código Civil Uruguayo (artículo 1491), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 355), el Código Civil Brasileño (artículo 996), el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 601) y el Código Civil Argentino (artículo 781).

– *Análisis.*

El artículo 1266 del Código Civil Peruano de 1984 regula el supuesto de la aplicación de las normas del contrato de compraventa a la dación en pago.

El precepto estatuye que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

La equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa tiene profundas raíces históricas; ya en la época Justinianea la dación en pago se configuraba como un contrato semejante a la compraventa.

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la norma bajo comentario [1].

---

(1) En este sentido, el Código Civil Paraguayo de 1987, en el artículo 601, establece que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regularán por las normas del contrato de compraventa.
A su turno, el segundo párrafo del artículo 1491 del Código Civil Uruguayo dispone lo siguiente: "Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa."
Asimismo, el Código Civil Brasileño (artículo 996) prescribe que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compra y venta.
De otro lado, señalamos que en la legislación extranjera consultada, sólo un Código Civil, el Nicaragüense de 1903, hace referencia al tema en el Título que regula al contrato de compraventa. Dicho Código prevé en su artículo 2532 lo siguiente: "Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que la entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago."

En las doctrinas francesa y española, la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodríguez [2], precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

Troplong [3], por su parte, expresa que si ocurriese en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero, diese en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. **Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem**.

Según se ha dicho, en los contratos no se mira sino el comienzo.

En este sentido, anota Pothier [4] que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez [5], afirma que la **datio in solutum** es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset [6], existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da **in solutum**, como dación en pago.

Ahora bien, dichos autores afirman que la dación en pago

---

(2) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 757.
(3) TROPLONG. Op. cit., Tomo I, Página 191.
(4) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Tomo I, Página 20.
(5) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 758.
(6) BADENES GASSET, Ramón. Op. cit., Tomo I, Página 235.

configura una compraventa por considerar que aquélla impone al deudor una obligación del mismo género que la del vendedor: la entrega del bien a dar en pago de lo que debe. Así, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero esta deuda se compensa con el crédito original, de modo que sólo subsiste el crédito respecto del bien dado en pago.

Bekker, también citado por Fernández Rodríguez [7], considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa, donde, quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasicomprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas [8] refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensación la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquella a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor [9].

Starck, Roland y Boyer [10] precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

---

(7) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 759.
(8) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Páginas 283 y 284.
(9) Recuerda Manuel Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 143.) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.
(10) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 80.

Anota el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez [11] que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe, ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

No obstante las opiniones expuestas, precisa aclararse que la teoría que asimila la **datio in solutum** a la compraventa ha sido duramente criticada.

Se ha dicho que dicha tesis acude a una ficción para fundamentar la asimilación de la dación en pago a la compraventa, al considerar que el bien dado en pago -el **aliud**- ocupa el lugar del bien materia de venta y el precio está representado por el crédito que se extingue por compensación.

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez[12], objeta la equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario -sostiene Blumenthal-, la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cual sea el objeto a que se refiere el **aliud**. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un **dare** o un **facere** y se realiza **in solutum** un **factum**, habrá tenido lugar un contrato innominado **facio ut facias**.

(11) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 275 y 276.
(12) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 761.

En efecto, la compraventa no comprende todos los supuestos de la **datio in solutum**, ya que sólo podría aplicarse cuando la **res debita** consistiese en dinero y el **aliud,** en una cosa, o viceversa. Sin embargo, la dación en pago tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación.

En este sentido, Diez Picazo y Gullón [13] sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un **facere**, o el acreedor tuviese derecho a un **facere** del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Diez Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente. Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

A estos argumentos, perfectamente válidos, podemos agregar que el artículo 1266 bajo análisis, al asumir la tesis que identifica la dación en pago con el contrato de compraventa, contradice el precepto previo, esto es, el artículo 1265, el cual acoge otra posición doctrinaria, es decir, aquella que sostiene la autonomía conceptual de la dación en pago.

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación, cuando aparezcan semejan-

(13) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen III, Página 255.

zas a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es sólo un medio extintivo de las obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

Por tal razón, y siempre dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

En opinión de Héctor Lafaille [14]: "Todo ello se entiende tomando en cuenta la situación de las partes en el momento de celebrarse el acuerdo de voluntades. Si ulteriormente convinieran entre ellas un cambio en el objeto de la obligación, de suerte que quien había estado en el deber de entregar cierta cantidad de dinero quedaba liberado mediante la transferencia de un inmueble o de cualquiera otra cosa, tal acto no cambiaría el contrato primitivo. Con mayor motivo si en lugar de novar se tratara de una dación en pago que, como sabemos, no es en rigor más que un caso especial de aquella figura extintiva."

Añade el referido autor que a igual resultado se llega cuando desde un principio el comprador se ha reservado el derecho de sustituir el precio por un objeto. Sería un caso de obligación facultativa, donde debe considerarse tan sólo la obligación principal, que es la única que podría exigir el vendedor, estando la otra librada al criterio del adquirente, o sea **in facultate solutionis**.

Por nuestra parte, entendemos que la razón por la cual la

---

(14) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo II, Página 71.

Comisión Revisora incluyó el artículo 1266 en el Código Civil fue la de lograr que se aplicaran a un contrato -al que originalmente no le eran aplicables- las normas sobre obligaciones con saneamiento, si luego de producida la dación en pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien (obligación que no estaba presente en el contrato originario).

Sobre el particular, Fernández Rodríguez [15] precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa, es -principalmente- aplicar a aquélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante ello, algunos autores olvidan que el saneamiento por evicción es aplicable no sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

Antes de concluir nuestra evaluación sobre la dación en pago, precisamos señalar que existen dos normas complementarias en el Código Civil Peruano en las que se hace referencia a este medio extintivo de obligaciones: los artículos 1369 y 1593, en adición al artículo 1900, comentado en nuestro análisis del artículo 1265.

El artículo 1369 está ubicado dentro del Título I, Disposiciones Generales de los Contratos en General, y su texto es el siguiente:

Artículo 1369.- "No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago."

Sobre este numeral, compartimos plenamente la extrañeza expresada por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle [16] cuando señala que no resulta clara la redacción de este artículo, pues hace referencia al derecho de copropiedad o a la dación en pago,

---

(15) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 760.
(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo II, Página 169.

sin precisar que los abogados y los albaceas sean copropietarios de los bienes materia del juicio y de la administración o reciban dichos bienes en pago de créditos suyos.

El Doctor De la Puente puntualiza que esta falta de precisión permitiría pensar, por ejemplo, que el abogado que interviene, por razón de su profesión, en un juicio de división y partición de bienes de terceros no está impedido de adquirir derechos reales sobre tales bienes.

En opinión nuestra, no existe argumento alguno que sustente la inclusión del artículo 1369 del Código Civil, como un supuesto de excepción a las prohibiciones establecidas de manera general en relación con la adquisición de derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta, por el artículo 1366 [17] del referido cuerpo legal.

---

(17) El texto del mencionado artículo 1366 es el siguiente:
Artículo 1366.- "No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:
1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.
2. Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.
3. Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.
4. Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.
5. Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.

La otra norma del Código Civil en la que se hace mención a la dación en pago es el artículo 1593, ubicado dentro del Capítulo relativo al Derecho de Retracto, en el Título referente al Contrato de Compraventa.

El texto del referido precepto es el siguiente:

Artículo 1593.- "El derecho de retracto también procede en la dación en pago."

Consideramos innecesario dicho numeral, en la medida en que a través de él se intenta evitar que las partes burlen el eventual derecho de retracto de un tercero, recurriendo a la figura de la dación en pago. Y es innecesario porque la dación en pago implica el cambio de una obligación por otra.

Por lo demás, esa norma resulta insuficiente, ya que los efectos que se desean evitar podrían lograrlos las partes recurriendo a otros medios extintivos de las obligaciones, como por ejemplo la novación objetiva (uno de cuyos supuestos es la dación en pago) o la transacción, sólo por citar dos formas ante las cuales el artículo 1593 del Código Civil resulta palmariamente incompleto.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1266.*

Este artículo debe ser derogado.

---

6. Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.
7. Los albaceas, los bienes que administran.
8. Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.
9. Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación."

– ***Fundamento.***

Proponemos que el artículo 1266 del Código Civil sea derogado, por los mismos argumentos que sustentan la supresión del artículo precedente.

Independientemente de las razones centrales de nuestra posición, contraria a la regulación de la dación en pago, dentro de la propia tesis adoptada por el Código Civil Peruano, el artículo 1266 carece de sentido y conduce a erróneas interpretaciones.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1266.***

El tema regulado por este artículo cuenta con la siguiente Ejecutoria Suprema:

"Validez de la adjudicación en pago de un bien. En este caso dicha adjudicación no constituye una transacción entre las partes." Ejecutoria del 9 de junio de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 341, 1972, Página 736. (Artículo 1304 del Código Civil de 1984).

– ***Concordancias nacionales.***

Compraventa, artículos 1259 a 1601 del Código Civil / Acto jurídico posterior a la sentencia, artículo 339 del Código Civil.

CAPITULO SEPTIMO

Pago indebido

– **PAGO INDEBIDO. CONCEPTO.**

Artículo 1267.- *"El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió."*

– ***Fuentes nacionales del artículo 1267.***

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al derecho de repetir en el pago indebido, puede hacerse mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 28, Título XIV, Partida Quinta: "**Cuydan, e creen a las vegadas los omes, que son tenudos de dar, o de fazer pagas, de cosas que non deuen. E esto podria ser, como si alguno que fuesse debdor de otro, pagasse aquella debda su personero, o su mayordomo; e despues desso, el no lo sabiendo, pagasse otra vez aquella debda misma. O como si acaesciesse, que seyendo un ome debdor de otro, le quitasse aquella debda en su testamento aquel a quien la deuía; e el, non sabiendo que gela auía quita, le pagasse a sus herederos. E porende dezimos, que en cualquier destas cosas sobredichas, o en otras semejantes destas, que alguno fiziesse paga por yerro, que prouandolo, quel deue ser tornado en todas guisas, lo que assi ouiesse pagado.**"

El artículo 1267 del Código en vigencia 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* regía el tema en el numeral 2119: "El que ha pagado alguna cosa por error de haberse creído deudor de ella, tiene derecho á recobrarla del que la recibió indebidamente. Se restituirá el valor de la cosa, si ha sido enajenada; pero el que de buena fé la recibió, aunque indebidamente, solo devolverá el precio en que la haya vendido."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, carece de antecedentes sobre el precepto.

Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba la materia en artículo sin numerar: "El que por un error, de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, la abordaba en el artículo primero del Título X de la Sección Tercera "De los efectos de las obligaciones": "El que por error de hecho o derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, disponía en su artículo 1269: "El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el artículo 1280: "El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el punto en el artículo 131: "El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 122: "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió."

Por su parte, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, legislaba sobre el tema en el artículo 1285: "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió."; mientras el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo regulaba en el artículo 1234: "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1267 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 803, primer párrafo), Venezolano de 1942 (artículos 1178 y 1179), Ecuatoriano (artículo 2222), Chileno (artículo 2295), Boliviano de 1976 (artículo 963), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 960), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2454), Español (artículo 1895), Brasileño (artículo 964) y Argentino (artículo 784: El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió).

Coincide también con el Código nacional, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículos 839 y 826), pero adicionalmente establece que lo que se ha pagado indebidamente se puede repetir, agregando que no hay lugar a repetición en las obligaciones naturales que se han ejecutado voluntariamente.

Por otra parte, señalamos una norma peculiar que contiene el Código Chileno (artículo 2299), al prescribir lo siguiente: "Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho."

– ***Análisis.***

Al abordar el estudio del pago indebido advertimos que éste constituye una diáfana proyección moral en el Derecho.

Sin duda alguna, el contenido ético del pago indebido reconoce el principio según el cual por Derecho Natural no es conforme a la equidad hacerse rico sin derecho y en detrimento de otro -**jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem**-.

En este sentido, cuando por error se ejecuta una prestación sin que haya existido obligación de verificarla, se configura un pago indebido, un pago falto de equidad y, por tanto, contrario a la justicia; el cual se convierte -a nuestro modo de ver- en causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado.

A entender de Eugène Petit [1], cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que quien ha recibido el pago no se enriquezca a su costa, y que esté obligado a devolver lo que le ha sido pagado.

En efecto, si se acepta el cumplimiento de una prestación sobre la cual no se tenía derecho y que por error fue ejecutada, un elemental principio de justicia obliga a restituirla.

Por ello, Cazeaux y Trigo Represas [2] conciben al pago indebido como aquel que no habilita al **accipiens** para retener lo percibido, sino que, por el contrario, faculta al **solvens** para promover una acción de repetición destinada a la restitución de lo dado en pago.

Ya en el Derecho Romano de la época clásica, quien aceptaba un pago basado en causa inexistente se hallaba obligado a su devolución.

(1) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(2) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 512.

Anota Eugène Petit [3] que esta obligación era sancionada por la **condictio indebiti**.

Las **condictios** eran instrumentos jurídicos con caracteres propios, que permitían la restitución de aquellos bienes o sumas de dinero que hubiesen sido transmitidos al patrimonio de una persona mediante una causa ilegal o inexistente.

El origen histórico de las **condictios** es de antigua data. Entre los años 510 y 605 de Roma (siglos III-II AC), las leyes Silia y Calpurnia crearon la **condictio certa pecunia** y **certa res**, las que posibilitaron la restitución de ciertas sumas de dinero o bienes retenidos sin derecho.

Luego, como expresión del progreso moral ocurrido durante la época del Bajo Imperio romano por influencia de la doctrina cristiana, las **condictios** fueron numerosas, llegándose a reconocer diversas clases.

Así, para la repetición de una suma de dinero o de una cosa recibida en virtud de un pago indebido, se podía accionar una **condictio indebiti**. En caso de robo o hurto, se planteaba una **condictio furtiva**, siempre que la acción de reivindicación no pudiese invocarse.

Para la restitución de prestaciones realizadas sobre la base de una causa inmoral o ilícita, se empleaba la **condictio ob turpem vel injustam causa**. En tanto que si se pretendía repetir una prestación ejecutada con miras a un fin lícito y moral, se podía invocar la **condictio ob causa datorum o causa data causa non secuta** [4].

(3) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(4) Sobre el tema, expresa Jorge Joaquín Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 369 y 370.) que la **condictio** en el Derecho Romano era una acción personal y de derecho estric-

En relación con la acción que nace del pago indebido, Arangio Ruiz [5] señala que el Derecho Romano concedía al **solvens** una acción típica llamada **condictio**, que en aplicación particular a la **solutio indebiti** toma el nombre de **condictio indebiti**, a fin de permitirle recobrar una suma de dinero u otra cosa que hubiese entregado por error.

La **condictio indebiti**, expresa Saúl Saavedra Lozano [6], permitía en el Derecho Romano repetir lo pagado indebidamente, siempre que no pudiese interponerse una acción con semejante finalidad. Añade el citado autor que si las leyes no previeran un mecanismo a través del cual se recuperase lo pagado por error, incurrirían en una omisión contraria a la equidad.

Abrazando la institución romana de la **solutio indebiti**, la ley civil peruana otorga a quien por error paga lo que no debe, la potestad de exigir la restitución de lo pagado, conforme a lo previsto por el artículo 1267 del Código Civil.

Como ha sido señalado en los antecedentes nacionales de

---

to, cuya peculiaridad consistía en no indicar la causa por la cual era promovida.
No obstante, refiere el citado autor, que "aparecieron en épocas diferentes: la '**condictio indebiti**' que se concedía a quien por error había hecho un pago indebido, para que él obtuviera la restitución de lo pagado; la '**condictio causa data causa non secuta**' de Justiniano, que se daba en caso de un enriquecimiento resultante de una prestación hecha en vista de una causa futura honesta que no se ha realizado, como un contrato a celebrarse, o un préstamo en vista del cual se ha remitido un documento, o un matrimonio que condiciona una dote dada desde ya; la '**condictio ob turpem vel injustam causa**', que abarcaba en el derecho justinianeo dos casos distintos de '**condictio**'; y la '**condictio sine causa**' que se otorgaba en un cierto número de situaciones en que el enriquecimiento era sin causa desde el principio, o bien en un segundo momento, pero siempre en casos preestablecidos."

(5) ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires, Editorial Depalma 1952, Página 402.

(6) SAAVEDRA LOZANO, Saúl. Derecho Romano, Tomo II. Bogotá. Editorial del Centro S.A., 1942, Página 396.

la norma citada, principio similar informó a nuestra legislación anterior [7].

No obstante, la técnica legislativa adoptada fue distinta.

En efecto, la legislación previa a 1936 consideró al pago indebido como un **quasi ex contractu** [8].

---

(7) El Código Civil de 1852 estatuía en el numeral 2119: "El que ha pagado alguna cosa por error de haberse creído deudor de ella, tiene derecho á recobrarla del que la recibió indebidamente..."
El artículo 1280 del Código Civil de 1936, a su turno, prescribía: "El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió."

(8) Cabe recordar que los romanistas construyeron la categoría del cuasicontrato para reunir bajo esta denominación actos y hechos que sólo tenían en común el carácter de no ser contratos y de los cuales el ordenamiento jurídico hacía derivar obligaciones, tales como la tutela, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, el pago indebido, entre otros.
Ferdinand Mackeldey (MACKELDEY, Ferdinand. Manual de Derecho Romano. Madrid. Imprenta de José M. Alonso, 1847, Página 446.), al abordar el estudio del pago indebido en el Derecho Romano, afirma que dicha figura genera una obligación que nace **quasi ex contractu**, esto es, como de un contrato o cuasicontrato, consistente en la restitución de lo que se ha aceptado en pago sin derecho.
En la misma línea de pensamiento, Arangio Ruiz (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Página 402.) refiere que en la conocida lista de los cuasicontratos, también ocupa un puesto el pago indebido.
En nuestro Derecho, el Código Civil de 1852, en el numeral 2111, definía al cuasicontrato como aquel hecho lícito por el cual quedan los hombres sujetos a una obligación, en virtud de un consentimiento presumido por equidad.
Expresa Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 305.) que desde el Derecho Romano el pago indebido estaba vinculado con la teoría de las condiciones. Con el tiempo, y cuando se trató de formar una doctrina de conjunto, se recurrió a los cuasicontratos, que todavía continúan siendo en algunas legislaciones la explicación oficial del pago indebido.
Precisa el citado autor que, según esta teoría, se explica el deber de restituir suponiendo que la persona ha recibido el pago en virtud de una relación jurídica especial, de algo semejante a un contrato, que le obliga a la devolución.

Al admitir como causa fuente de las obligaciones al cuasicontrato, el Código Civil de 1852 reguló al pago indebido bajo el rubro "De los cuasicontratos" en el Título I de la Sección VII del Libro III.

En la legislación universal, algunos Códigos rigen el tema como un cuasicontrato. Es el caso del Código Civil Francés y aquellos cuerpos legales que han seguido sus lineamientos -entre ellos los Códigos Civiles Italiano de 1865, Chileno, Español, Uruguayo y Boliviano-.

No obstante, abolido el concepto tradicional del cuasicontrato en el Código Civil de 1936, el pago indebido fue incorporado al título del pago, por considerarse que existía entre ambas instituciones cierta afinidad [9].

El Código Civil vigente también legisla al pago indebido dentro del título del pago.

Pareciera que un nexo de lógica analogía vincula al pago propiamente dicho con el tema de la **solutio indebiti**.

Sobre el particular, Luis Moisset de Espanés [10] anota: "La ubicación del 'pago indebido' dentro del título genérico del pago en el Código Civil Peruano de 1984 proviene del método adopta-

---

(9) En la ley extranjera, los Códigos Civiles Argentino y Brasileño regulan al tema del pago indebido dentro del título del pago.
Al respecto, Jorge Joaquín Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 371.) señala que dicho tratamiento legislativo es defendible porque se está indiscutiblemente frente a un acto que es subjetivamente un pago.
Agrega Llambías que no parece impropio dedicar dentro de las reglas del pago, un capítulo a la patología del mismo, como es el pago indebido, entendido en la latitud de esa figura.

(10) MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Thémis, Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, N° 23. Lima, Año 1992, Página 55.

do ya en el Código de 1936, que suprimió la categoría de los cuasicontratos. En la exposición de motivos del mencionado cuerpo legal se expresaba: 'El pago indebido lo incorporamos al finalizar la materia del pago normal por una razón de manifiesta afinidad entre ambos y por haber abolido el proyecto la irrazonable categoría de los cuasicontratos'."

Según una primera opinión, la técnica legislativa adoptada por el Código Civil de 1984 no sería la apropiada, toda vez que el pago indebido no constituye verdaderamente un pago.

Pago, se afirma, es la ejecución íntegra de la prestación debida. Luego, si lo que se ejecuta no es debido, realmente no se configura un pago. En consecuencia, si no puede hablarse de pago sin que exista deuda, el pago indebido no supone un verdadero pago.

Dentro de tal orden de ideas, se ha dicho, además, que el pago es un efecto de la obligación, un acto que extingue una relación jurídica obligatoria.

En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas [11] afirman que el pago es el efecto fundamental de las obligaciones. El pago importa la realización del fin en miras del cual se constituyó la obligación.

La obligación -precisan estos autores- se contrae considerando el pago, y con él se realiza plenamente, luego se extingue y deja de producir efectos.

Estos efectos son -a entender de Martínez Alfaro [12]- los siguientes: ejecución de la prestación, extinción de la obligación, satisfacción del interés del acreedor y liberación del deudor.

---

(11) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 105.

(12) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. México, Editorial Porrúa, S.A. 1993, Página 182.

Así las cosas, el pago indebido, lejos de ser un efecto de las obligaciones, constituiría causa eficiente de las mismas.

Por ello, el pago indebido es -en primer término- causa fuente de la obligación de restituir lo indebidamente pagado y, según se verá más adelante, causa fuente de diversas obligaciones.

Bajo esta línea de pensamiento, lo propio hubiera sido que el pago indebido se regulase en el Libro VII del Código Civil vigente, dedicado a las Fuentes de las Obligaciones.

Luis Moisset de Espanés [13] se ocupa de este tema al señalar que el pago indebido actúa como fuente de una obligación y tiene como fundamento el enriquecimiento sin causa.

Sostiene, además, que hubiese sido metodológicamente más correcto que el moderno Código Peruano tratase al pago indebido -verdadera fuente de obligaciones- en el Libro sobre las Fuentes de las Obligaciones, como una sección autónoma.

Sin embargo, la posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984 de legislar el tema del pago indebido en el Capítulo Séptimo del Título II, relativo al Pago, dentro de la Sección Segunda, correspondiente a los Efectos de las Obligaciones, no es criticable, en la medida en que, desde otro punto de vista, el pago indebido puede ser entendido como una desviación del pago, es decir, como un pago alejado del cumplimiento de los requisitos que debe tener todo pago.

En buena cuenta, podríamos señalar que el tema del pago indebido puede ser visto desde una doble perspectiva: de un lado, el apreciar el fenómeno como una causa eficiente de obligaciones, vale decir, como una fuente de obligaciones, visión desde la cual, naturalmente, la regulación de la materia no correspondería haber sido prevista en el Libro de las Obligaciones, sino en el de Fuentes de las Obligaciones; pero, desde la otra perspectiva, considerar al pago indebido como un alejamiento considerable y calificado de los cánones normales del pago, lo que explicaría su ubicación dentro del Libro de las Obligaciones.

(13) MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Página 56.

No obstante, el pago indebido no reúne, desde luego, los requisitos que el Derecho impone al pago.

En efecto, el primer requisito del pago es la preexistencia de una obligación. Para que pueda hablarse de pago resulta evidente que debe existir una obligación previa que haya generado precisamente el deber de cumplir.

Sin pretender adelantarnos al tratamiento del tema, podríamos decir que el pago no basado en una obligación que le dé sustento, nos conduciría -de presentarse los requisitos de esta figura- al tema del pago indebido. Y este concepto nos llevaría a afirmar que el pago indebido no es otra cosa que el lado oscuro del pago, aquella faz de un pago en el cual no se verifica el cumplimiento de alguno de sus requisitos.

La segunda de las exigencias del pago consiste en que la prestación se efectúe con **animus solvendi**.

El **animus solvendi** no es otra cosa que la voluntad del deudor para pagar, es decir, que cuando paga es consciente de lo que está haciendo y que desea hacer lo que está haciendo (pagar).

Cabe observar que el pago efectuado sin **animus solvendi** podría también llevarnos a la figura del pago indebido, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos que la legislación y doctrina le atribuyen a esta institución. Sin lugar a dudas, el tema del **animus solvendi** tiene directa relación con el error, el mismo que constituye una de las exigencias del pago indebido.

Ello no significa que todo pago con ausencia de **animus solvendi** sea necesariamente un pago indebido. Sin embargo, en aquellos casos en los que esté presente el elemento del error (configurativo del pago indebido), sí habrá ausencia de **animus solvendi**.

Resumiendo, podríamos decir que no todo pago con ausencia de **animus solvendi** es indebido, pero que todo pago indebido sí tiene ausencia de **animus solvendi**.

Por otra parte, el tercero de los requisitos del pago es que se pague aquello que se debe.

Según hemos señalado, esta exigencia se relaciona con el principio de identidad en las obligaciones, el mismo que en el caso de las obligaciones de dar tiene su correlato en la primera de las normas del Derecho de Obligaciones, el artículo 1132 del Código Civil, numeral que reza: "El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor", no obstante lo cual la trascendencia del tema abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer, pudiendo concluir en que el deudor está obligado, en virtud del principio de identidad, a ejecutar la prestación convenida y no otra.

También resulta evidente que el alejamiento del principio de identidad en la ejecución de una obligación podría llevarnos, si se cumpliesen los demás requisitos de esta figura, al tema del pago indebido, de tal manera que estaríamos en presencia de una deformación del pago, tal como éste debe ser, lo que nos conduciría a pensar que a través de esta derivación el pago indebido se configura como un pago patológico, un pago que no reúne los requisitos del pago en estricto como medio extintivo de obligaciones.

El cuarto requisito del pago consiste en que se pague integralmente lo debido.

Ha sido dicho por nosotros que lo ideal en materia de pago sería que se cumpliese en los términos más precisos con lo pactado o con lo previsto por la ley, pero sabemos que en muchos casos no ocurre así, en la medida en que el cumplimiento se aleja de las dimensiones estipuladas o legales, en desmedro, por lo general, de los intereses del acreedor.

En estos supuestos, resulta evidente que se estaría yendo

contra el principio de integridad en el pago, en la medida en que el deudor pague con prestaciones distintas o inferiores a las debidas.

Más allá de otras consideraciones que efectuamos con ocasión del análisis del principio de integridad en el pago, estimamos necesario recordar que el mismo trae como correlato legislativo lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, norma que establece que: "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."

Cabe señalar que el pago que se aleje del principio de integridad, por exceso y no por defecto, sería también susceptible de llevarnos al oscuro mundo del pago indebido, de cumplirse, naturalmente, con los restantes requisitos que lo configuran.

De este modo, cuando un pago se aleje de sus requisitos, vale decir, cuando pierda ese rasgo de idoneidad que le es propio, se abre la puerta a un camino lleno de deformaciones, al fondo del cual está la faz más oscura del pago, una faz tan deformada que incluso llega al límite de discutirse su naturaleza misma de pago, de modo que, como ha sido visto, para algunos autores no es pago sino una fuente más de las obligaciones.

Si el tema del pago reviste dos caras, una es aquella perfecta, que reúne todos los requisitos de idoneidad; pero ese rostro puede irse transformando, perdiendo algunos o todos aquellos atributos que lo hacían perfecto, de manera que mientras menos requisitos concurran en él, más se deformará [14].

---

(14) En opinión de Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Páginas 304 y 305.), el pago puede efectuarse de manera normal y anormal. Son formas normales del pago: el pago puro y simple, por consignación, con efecto subrogatorio y por entrega de bienes.
El pago de lo que no se debe o de aquello a que no está obligado el deudor es una forma anormal del pago.

Un rostro ya deforme, "feo" jurídicamente hablando, es aquel en el cual exista la ausencia de uno, varios o todos los requisitos del pago, lo que no nos ubica, necesariamente, en el tema del pago indebido, cuyas exigencias se analizan a continuación.

- ***Requisitos del pago indebido.***

Para que pueda configurarse un supuesto de pago indebido son necesarios los siguientes requisitos.

- *El pago no debe ser debido.*

  Presupuesto inicial de esta institución es la inexistencia de una obligación entre quien paga y quien acepta el pago.

  A decir de Eugène Petit [15], el pago es **indebitum** cuando la obligación que el pago estaba destinado a extinguir, no existía entre el **solvens** y el **accipiens** para el Derecho Civil, ni el Derecho Natural.

  En igual sentido, Joaquín Martínez Alfaro [16] señala que el pago indebido consiste en la ejecución por error de una prestación, sin haber obligación entre el que la ejecuta y el que la recibe.

  A entender de Demogue [17], no debe haber entre el **accipiens** y el **solvens** ninguna deuda correspondiente a lo que se pagó: ni deuda civil, ni deuda natural, ni compromiso principal o subsidiario, ni siquiera compromiso anulable.

  Expresa Eugène Gaudemete [18] -en criterio que comparti-

(15) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(16) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 142.
(17) DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo III, Página 142.
(18) GAUDEMETE, Eugène. Op. cit., Página 305.

mos- que para poder hablar de pago indebido se requiere que la deuda no exista; por lo menos en las relaciones entre el **solvens** y el **accipiens**.

Añade Gaudemete que esta condición se realiza en tres casos:

a) La deuda ha podido no existir jamás, si, por ejemplo, faltó una de las condiciones para su existencia.

b) La deuda puede existir, pero respecto de un acreedor que no sea el **accipiens**. Pedro, debiendo a Pablo, paga a Santiago. Hay deuda pero el pago se hizo a quien no era acreedor.

c) Inversamente, la deuda puede existir, pero a cargo de persona distinta del **solvens**: Pedro paga a Pablo la deuda de Santiago, creyendo saldar su propia deuda. Hay deuda, pero pagó persona distinta del deudor.

La doctrina, sin embargo, no presenta un criterio unívoco al respecto.

Se ha dicho que el pago indebido se cumple entre personas verdaderamente vinculadas por una relación obligacional como acreedor y deudor, siendo lo indebido el cumplimiento de una prestación que no se ajusta a los términos pactados.

Cazeaux y Trigo Represas [19] afirman que sólo deben comprenderse como pagos indebidos aquellos realizados por quien era deudor a su acreedor, aunque cumpliendo una prestación distinta de la adeudada o no ajustando el pago a las modalidades pactadas.

A nuestro modo de ver, es claro que la institución del pago

(19) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 514.

indebido entraña la ejecución de una prestación que no se debía, antes que el cumplimiento de una prestación diferente a la estipulada. No obstante, tal como se analizará al ocuparnos de los diversos supuestos del pago indebido, éste comprende también otras hipótesis en las cuales el pago -además de efectuarse por error- dista de lo estipulado.

- *El pago debe haberse efectuado por error.*

Requisito esencial para pretender la repetición de lo pagado indebidamente es el error, el cual constituye una exigencia elemental sobre la base de que el Código Civil permite casi en forma irrestricta el pago por un tercero no obligado, el mismo que es perfectamente válido, salvo en el caso de las obligaciones **intuitu personae** por su naturaleza o por el pacto. Por lo demás, el pago también podría ser efectuado con **animus donandi**.

A decir de Eugène Petit [20], para que se configure **indebitum per errorem solutum,** es preciso que se haya pagado lo no debido y que se haya pagado por error.

Anota Héctor Lafaille [21] que, cuando alguno satisface una obligación porque se considera deudor no siéndolo en realidad, se dice que ha pagado por error, sea que se haya visto inducido a hacerlo por un equivocado concepto del derecho o por las circunstancias.

El error -a entender de Marcial Rubio Correa [22]- es el conocimiento equivocado, parcial, deformado, alterado de la realidad o normas de derecho.

---

(20) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(21) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 307.
(22) RUBIO CORREA, Marcial. El Saber Jurídico sobre la Ignorancia Humana. Error Civil, Volumen X, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1991, Página 21.

Vidal Ramírez [23] define al error como una divergencia inconciente que se da entre la voluntad interna del sujeto y los efectos que busca con su manifestación.

Señala De Cossío, citado por Vidal Ramírez [24], que el error consiste fundamentalmente en una representación subjetiva contraria a la verdadera realidad objetiva.

Por ello, se ha dicho que el error supone una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas [25].

---

(23) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Acto Jurídico. Tratado de Derecho Civil. Publicación de la Universidad de Lima. Tomo III, Volumen II. Lima, Cultural Cuzco, 1994, Página 619.
(24) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 619.
(25) Es de hacer notar que la ignorancia -en nuestro ordenamiento civil- queda sometida al régimen jurídico del error.
Por ignorancia se entiende la ausencia de conocimiento sobre ciertos hechos o del Derecho.
Según Ospina y Ospina, citados por Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 620.), el error proviene de la ignorancia: el concepto falso encuentra su origen en el desconocimiento de la realidad.
Refiere Marcial Rubio (RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Página 21.) que en el error puede existir una dosis de ignorancia, pero ésta no es total, ya que el sujeto está informado, aunque de manera incompleta.
En este sentido, Stolfi, también citado por Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 621.), afirma que el error consiste en la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, esto es, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias.
Por su parte, Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 620.) señala que la doctrina es unánime en la equiparación de la ignorancia con el error y en considerarlos como fenómenos cognoscitivos que resultan de una falsa o inexacta representación de la realidad.
Sobre el particular, Luis Moisset de Espanés (MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Página 57.) afirma: "Psicológicamente puede establecerse entre el error y la ignorancia diferencias, ya que la ignorancia es el desconocimiento absoluto, y el error es un cono-

Dentro de tal perspectiva cabe preguntarse ¿quién debe incurrir en el error? ¿quién paga o quien recibe el pago? [26].

Cuando señalamos que el error es **condictio sine qua non** para que pueda hablarse de pago indebido, nos referimos al error de quien efectuó dicho pago.

Sobre el tema no hay discusión en doctrina; desde antiguo es claro que quien pretenda reclamar la restitución de una prestación debe haber actuado por error.

No obstante, quien acepta el pago puede también incurrir en error. En este caso, sin embargo, el error es considerado como el fundamento de una hipotética buena fe.

Ahora bien, conviene precisar que el error que da lugar a la repetición de lo indebidamente pagado puede ser de hecho o de derecho.

El error de hecho es una falsa o equivocada representación de la realidad, a través de la cual el agente considera supuestos distintos de los verdaderos, los mismos que lo llevan a celebrar un acto realmente no deseado.

El error de derecho supone una información parcial, incompleta de las normas jurídicas.

---

cimiento incompleto o falso; pero, como bien lo señaló Savigny, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos deben ser asimilados totalmente."

(26) En el tema del pago indebido, pensamos que no es apropiado considerar a quien paga indebidamente como sujeto activo del pago -entiéndase **solvens**-, toda vez que este último sólo puede ser quien se encuentre obligado o, excepcionalmente, el tercero que paga por el deudor.
Asimismo, no puede pensarse que quien recibe un pago indebido lo hace en calidad de **accipiens** o sujeto pasivo del pago. Es **accipiens** quien tiene la titularidad del derecho de crédito o quien se encuentra autorizado para constituirse en destinatario del cumplimiento.
Por ello, consideramos que el empleo de los términos **accipiens** y **solvens** no es adecuado en materia de pago indebido.

En ese sentido, este último tipo de error plantea una serie de interrogantes.

Como una forma de evitar el incumplimiento de las normas imperativas o prohibitivas, según un principio de Derecho, la ignorancia de las leyes o el error de derecho no excusan el cumplimiento de las mismas [27].

En efecto, al presumirse que toda ley es conocida a partir de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", el error de derecho que faculta a quien paga indebidamente a exigir la

---

(27) En consecuencia, se da por sentado que la ley es conocida por todos, de suerte que nadie puede eximirse a sus sanciones ni sustraerse a su cumplimiento, so pretexto de no hallarse debidamente informado.
Si esto es así, cabe preguntarse si el pago indebido es una excepción a este principio de Derecho, toda vez que quien paga indebidamente -alegando un error de derecho- puede recobrar lo pagado.
Expresa Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 308.) que si bien el enunciado principio de Derecho ha sido instituido como una de las bases del orden social, esta razón de ser cesa cuando alguien pretende aprovechar una situación creada, para enriquecerse a costa del que cometió el error.
Añade Lafaille que más que de excepciones, se trataría de un conflicto de principios diversos, cada uno de los cuales tiene su propia órbita.
En la primera hipótesis la máxima tropezará con la aplicación del enriquecimiento sin causa y en la segunda con los preceptos que rigen los actos inválidos.
En el Derecho Romano de la época clásica, el error de derecho no autorizaba la **condictio indebiti**.
Eugène Petit (PETIT, Eugéne. Op. cit., Página 452.) afirma que no todo error puede servir de base a la reclamación. Si un deudor paga doscientos, creyendo haberlos prometido por estipulación, cuando no ha prometido más que ciento, incurre en un error de hecho. Si un heredero paga por completo los legados que agotan la sucesión, ignorando que puede retener un cuarto según la ley falcidia, incurre en un error de derecho.
El error de hecho -precisa Petit- da lugar a la reclamación de lo indebido.
En relación al error de derecho, se discute en jurisprudencia si procede o no la restitución de lo indebido.

restitución de lo pagado, no puede ser entendido como un desconocimiento de la ley, sino como una interpretación equivocada del Derecho.

Marcial Rubio [28] señala que el error de derecho se producirá cuando el agente tenga un conocimiento parcial o deformado de las normas aplicables al hecho o caso, o cuando, debidamente informado de ellas, ha cometido un error de interpretación o de aplicación.

Otra cuestión a saber es si el error que configura al pago indebido es una simple equivocación o, a la luz de la teoría general del acto jurídico, un error-vicio de la voluntad [29].

---

(28) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Página 21.

(29) Debe recordarse que, conforme lo establece la ley civil peruana, para que el error sea causal de anulación del acto jurídico, debe ser esencial, conocible por la otra parte y haber producido un perjuicio a quien incurrió en él.
El error es esencial cuando ésta es la única razón por la que se celebró el acto.
El error esencial, a diferencia del error indiferente que incide sobre elementos o aspectos secundarios y accidentales del acto, puede recaer sobre la esencia del objeto, en las cualidades esenciales de la persona, en la cantidad o en la declaración.

ERROR ESENCIAL

Constituye causal de anulación del acto jurídico y comprende los siguientes supuestos:

Error vicio o de hecho, en cualquiera de sus modalidades:

- Error **in substancia** (inciso 1, artículo 202 del Código Civil).
- Error **in personam** (inciso 2, artículo 202 del Código Civil).
- Error **in quantitate** (artículo 204 del Código Civil).
- Error en el motivo expresamente manifestado (artículo 205 del Código Civil).
- Error en la declaración u obstativo (artículo 208 del Código Civil), que a su vez comprende:
- Error **in negotio**.
- Error **in corpore**.
- Error en la transmisión de la declaración.
- Error en la identidad de la persona.

ERROR INDIFERENTE

No constituye causal de anulación del acto jurídico y comprende los siguientes supuestos:

- Error de cuenta o cálculo (artículo 204 del Código Civil).
- Error en el motivo no manifestado expresamente (artículo 205 del Código Civil **contrario sensu**).
- Error **in nomine, in corpore e in negotio,** siempre que éstos no sean conocibles por la otra parte o no hayan causado daño al errante (artículo 209 del Código Civil).

Resulta evidente que si la teoría del error en el acto jurídico fuese de estricta y absoluta aplicación al pago indebido, el error que lo configura no sólo importaría una equivocación

Por otra parte, el error es conocible cuando de acuerdo con una serie de elementos objetivos y subjetivos, es posible percibir el error en que incurría el otro contratante al momento de celebrar el acto.
Al respecto, Marcial Rubio (RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen X, Página 28.) anota que la cognocibilidad exige para la relevancia del error o la ignorancia, que hayan podido ser reconocidos por el receptor de la declaración de voluntad, de acuerdo con criterios generales de razonabilidad.
Añade este autor que el receptor de la voluntad del declarante debió haber podido darse cuenta de la existencia del error o ignorancia actuando con la diligencia que excluya a la culpa leve o levísima.
Cabe señalar, además, que en caso que quien ha estado en aptitud de conocer el error, realmente lo hubiera percibido, se configuraría un supuesto de dolo por omisión y ya no de error.
Recuérdese que el error se produce sin intervención de terceros. Si éstos indujesen la ejecución de un acto no querido, el acto celebrado se habría ejecutado por dolo y no por error.

en cuestiones de hecho o de derecho, sino, además, dicha equivocación debería ser esencial, conocible por la otra parte y legitimaría únicamente al **solvens** en virtud al perjuicio que el pago indebido le hubiese irrogado.

Por ello, estimamos que éste es uno de los problemas de más difícil solución dentro del pago indebido.

Creemos que en este punto sería posible argumentar tanto en favor de la posición que sustenta la aplicación en estricto de los principios propios del error como vicio de la voluntad, como hacerlo en contrario. En tal sentido, vamos a ensayar un doble razonamiento, para, finalmente, concluir con nuestra posición al respecto.

(a) *La teoría del error como vicio de la voluntad sería la única aplicable, en estricto, al pago indebido.*

Se podría señalar que el tema del error está regulado dentro del Título VIII del Libro II, del Acto Jurídico, relativo a los vicios de la voluntad. Así las cosas, el Código en su artículo 201 señala que "El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte."; y adicionalmente, en el artículo 202 establece que "El error es esencial: 1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.- 2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.- 3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto."

Por otra parte, el Código también regula el requisito de la cognoscibilidad del error, el mismo que es contemplado en el artículo 203, norma que establece que "El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo."

Según hemos anotado con anterioridad, el Código Civil sólo otorga relevancia al tema del error cuando estamos en presencia del error vicio, y no cuando nos encontramos en presencia del error obstativo, toda vez que este último no da lugar a la anulación del acto jurídico.

En tal sentido, y siempre siguiendo la línea de esta primera corriente interpretativa, podríamos señalar que, al ser jurídicamente relevante (por sus eventuales consecuencias) únicamente el error vicio, el error indiferente no podría constituirse como el error que configura al pago indebido.

Adicionalmente, podría señalarse que el Código Civil, al tratar el tema del error en el pago indebido, hace referencia al error de hecho o de derecho, con lo cual estaría dando a este término el significado estrictamente jurídico de la palabra.

(b) *La teoría del error como vicio de la voluntad no sería la única aplicable al pago indebido.*

El Código Civil vigente, dentro de la nomenclatura que utiliza, asigna diversos significados a un determinado término.

En este sentido podría señalarse que el Código, al tratar el tema del error en el pago indebido, en sus artículos 1267 y 1273[30], no está aludiendo necesariamente al error como vi-

(30) Los textos de los referidos artículos son los siguientes:
Artículo 1267.- "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió."
Artículo 1273.- "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra

cio de la voluntad, sino se está refiriendo al error en sentido amplio, es decir, utilizando dicho término como comprensivo tanto del error vicio como del error obstativo (que no da lugar a acción de anulabilidad por vicio de la voluntad), e inclusive al error en su acepción común.

Esta interpretación podría deducirse en función de un análisis de las normas en las que el Código Civil Peruano de 1984 hace referencia al error.

De la lectura de las mismas podríamos llegar a la conclusión de que en algunas de ellas, los artículos 201, 202 y 203, antes transcriptos, así como los artículos 204, 205, 206, 207, 208, 209, 218 y 221, inciso 2 (todos referidos al acto jurídico), 277, inciso 5, 284, 809 y 906 [31], el Código evidente-

---

prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.
Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

(31) Los textos de estas normas son los siguientes (el subrayado es nuestro):
Artículo 204.- "El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad."
Artículo 205.- "El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte."
Artículo 206.- "La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir."
Artículo 207.- "La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes."
Artículo 208.- "Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo."

mente está haciendo referencia al error vicio, como causal de eventual anulación de un acto jurídico. Pero si proseguimos con este análisis comprobaremos que existen dos normas en las cuales el Código Civil, de manera muy clara y precisa, no se está refiriendo al error vicio, así como tampoco siquiera al error obstativo de la teoría general del acto jurídico, sino al error en sentido lato o usual, es decir, a la pa-

---

Artículo 209.- "El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado."
Artículo 218.- "Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación."
Artículo 221.- "El acto jurídico es anulable:
(...)
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
(...)."
Artículo 277.- "Es anulable el matrimonio:
(...)
5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.
(...)."
Artículo 284.- "El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.
Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.
El error de derecho no perjudica la buena fe."
Artículo 809.- "Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer."
Artículo 906.- "La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título."

labra error como se entiende comúnmente en nuestra sociedad, como sinónimo de equivocación. Nos estamos refiriendo a los artículos 696, inciso 7, y 735 [32].

Teniendo en cuenta lo antes señalado, es decir, que el Código Civil emplea la palabra "error" a lo largo de su articulado de manera indistinta, tanto como vicio de la voluntad como en su acepción usual o común, no podríamos afirmar que al emplear dicho término en los artículos 1267 y 1273, relativos al pago indebido, lo esté haciendo en sentido estricto (como vicio de la voluntad).

En este extremo de nuestro análisis, pensamos que sería de aplicación aquel antiguo principio de interpretación de las normas jurídicas, que reza que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue.

Y en el caso del pago indebido, resulta evidente que las normas del Código no distinguen si estamos ante un supuesto de error vicio o de error en el sentido común.

Por estas consideraciones, somos partidarios de esta última posición, vale decir, que al referirse el Código Civil al tema del error en sus artículos 1267 y 1273, entendemos que no lo está haciendo en sentido estricto (error vicio) sino en sentido usual.

---

(32) Los textos de los referidos numerales son los siguientes (el subrayado es nuestro):
Artículo 696.- "Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:
(...)
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.
(...)."
Artículo 735.- "La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición."

Además, podríamos añadir que la interpretación contraria nos llevaría a entender como muy reducido el ámbito del error dentro del pago indebido.

Por eso estimamos que, cuando el Código Civil alude en su artículo 1267 al "error de hecho o de derecho", efectúa esta precisión en el sentido lato de los términos, como que se trata de una equivocación relativa a materias de hecho o jurídicas, sin requerirse, necesariamente, la presencia de todos los elementos constitutivos del error como vicio de la voluntad (artículos 201, 202 y 203 del Código).

Pero más allá de estas consideraciones, opinamos que resulta obvio que, si estuviésemos en presencia de un error vicio, se configuraría (naturalmente de darse la presencia de los demás requisitos) con mayor razón un supuesto de pago indebido.

Por otra parte, cabría formularnos la siguiente pregunta: ¿el pago realizado sobre la base de un vicio de la voluntad distinto del error es un pago indebido?

La norma del artículo 1267 del Código Civil parece clara: el error, sea de hecho o de derecho, debe estar presente en todo supuesto de pago indebido.

Consideramos que en este punto resulta indispensable efectuar una visión panorámica de los otros vicios de la voluntad.

En primer lugar, lo reiteramos, al haber concluido que en el caso del error el Código Civil ha empleado este término en sentido común o lato, evidentemente el error vicio también podría configurar el pago indebido.

En cuanto al dolo como vicio de la voluntad (dolo por acción determinante y dolo indirecto), el concepto es regulado por el Código Civil Peruano en su artículo 210, del texto siguiente (el subrayado es nuestro):

Artículo 210.- "El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él."

Sin embargo, también existe otro tipo de dolo, el mismo que no da lugar a la eventual anulación del acto jurídico. Nos referimos al dolo incidente, previsto por el Código Civil en su artículo 211:

Artículo 211.- "Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios."

El dolo por omisión es legislado en el numeral 212 (el subrayado es nuestro):

Artículo 212.- "La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa."

Y el tratamiento del dolo concluye con el artículo 213, del texto siguiente (el subrayado es nuestro):

Artículo 213.- "Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes."

De los preceptos citados se infiere que el Código, al tratar acerca del concepto del dolo y sus consecuencias, alude tanto al dolo como vicio de la voluntad, como al dolo incidente (no generador de eventual anulación del acto en el que se presenta).

Precisa aquí aclararse que el Código Civil contiene tres clases de normas referidas al dolo.

Un primer grupo, conformado por los artículos 195, incisos 1 y 2, [33] 210, 211, 212, 213, 218 y 221, inciso 2, (ya

---

(33) El texto del referido artículo, en su versión original, era el siguiente (el subrayado es nuestro):
Artículo 195.- "El acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho, cuando concurran las condiciones siguientes:
1. Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor o, tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, que el acto esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.
2. Que, además, tratándose de actos a título oneroso, el tercero tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor, y, en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa."

Este artículo ha sido variado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil (Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por R.M. # 010-93-JUS; Decreto Legislativo # 768; Decreto Legislativo # 767; Decreto Ley # 25940; y Decreto Ley # 25869; publicado en al Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de abril de 1993), la misma que prescribe lo siguiente:
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.

transcriptos), así como por los artículos 667, inciso 4, 809 y 1943 [34].

Todos los preceptos citados se refieren al dolo como vicio de la voluntad.

Un segundo grupo, conformado por los artículos 313, 329, 456, 629, 651, 662, inciso 1, 769, 1023, 1318, 1321, 1325, 1326, 1328, 1330, 1340, 1443, 1494, 1495, inciso 7, 1497, 1512, inciso 5, 1520, 1723, 1762, 1969 y 1986, aluden al dolo en su acepción propia de la responsabilidad civil.

Y, finalmente, un tercer grupo de normas, los artículos 242, inciso 6, 274, inciso 7, 277, inciso 5, 333, inciso 10, 515, inciso 8, y 667, incisos 1 y 2, se refieren al dolo en su acepción del Derecho Penal.

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."

(34) Los textos de los artículos mencionados son los siguientes (el subrayado es nuestro):
Artículo 667.- "Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:
(...)
4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
(...)."
Artículo 809.- "Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer."
Artículo 1943.- "El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.
El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz."

Resulta evidente que a nosotros tan sólo nos interesan -para efectos del análisis del tema que nos ocupa- las normas referidas al dolo como vicio de la voluntad.

Entendemos que el dolo, como error inducido, debería considerarse como un supuesto digno de configurar el pago indebido. Si el error es capaz de generar tal supuesto, el dolo, dada su gravedad, debe tener el mismo tratamiento.

Podría sostenerse en contra de este razonamiento que el Código Civil Peruano es muy claro en el artículo 1267, al señalar que el pago indebido se configura por error de hecho o de derecho. Sin embargo, de no considerarse al dolo como generador de pago indebido, podríamos llegar al absurdo de que estemos en presencia de un supuesto de pago indebido efectuado por "error" del **solvens**, pero en el cual quien recibe el pago haya actuado de mala fe. En este caso, lo más probable es que dicha mala fe nos lleve a conformar un supuesto de dolo por omisión, situación que obviamente configurará la mayoría de casos en los cuales quien recibe un pago indebido lo hace de mala fe.

Sin perjuicio del análisis que haremos oportunamente de la norma respectiva, adelantamos que en él se demuestra claramente que el dolo no puede ser excluido como supuesto generador del pago indebido.

Por otra parte, somos de opinión que los otros vicios de la voluntad regulados por nuestro Código Civil, la violencia y la intimidación [35], difieren sustancialmente del error y del dolo

---

(35) Los vicios de violencia e intimidación están regulados por los artículos 214 a 218 del Código Civil, con el texto siguiente:
Artículo 214.- "La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él."
Artículo 215.- "Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

en cuanto a sus características y naturaleza, de modo que no podrían ser considerados supuestos generadores de pago indebido.

No obstante ello, desde luego que procede la repetición de un pago efectuado por intimidación o violencia.

En la legislación argentina, sin embargo, el pago obtenido por un vicio de la voluntad distinto del error es considerado como una especie del pago indebido.

- ***Supuestos de pago indebido en el régimen legal peruano.***

Sobre la base de las consideraciones anotadas, se configura pago indebido en diversos supuestos, a saber:

- *El doble pago.*

Cuando por error se paga una deuda que ya estaba cancelada, se configura un pago indebido.

Sería el caso en el que, por ejemplo, si después de la muerte de nuestro padre, un aparente acreedor suyo nos reclamase cierta suma de dinero que él le debía. Nosotros, creyendo equivocadamente que tal obligación se encontraba vigente, pagamos; y luego encontramos entre los documentos de la herencia un recibo que prueba que nuestro padre ya

---

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias."
Artículo 216.- "Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad."
Artículo 217.- "La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto."
Artículo 218.- "Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación."

había pagado dicha deuda. Sin duda, hemos pagado indebidamente: por error, inducidos por el supuesto acreedor, nos propusimos extinguir una deuda que ya no existía.

- *El pago en demasía.*

Si por error se paga en exceso, se paga indebidamente, de suerte que se tiene el derecho de exigir la restitución del excedente.

Al respecto, Eugène Petit [36] señala que, si el deudor ha pagado más de lo que debía, ha pagado lo indebido por todo lo que excede al importe real de la obligación.

En este supuesto existía la obligación de verificar un pago, pero sólo respecto de lo adeudado. Sobre el exceso, en realidad, no existía deuda.

- *El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente.*

Quien contrae una obligación bajo condición y paga **pendente conditione**, paga indebidamente, toda vez que la condición suspende o resuelve la existencia de la obligación.

- *El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo.*

El tema atinente a la repetición de lo pagado durante la pendencia del plazo es controvertido.

Sobre el particular, en efecto, la doctrina no presenta un criterio unívoco.

A decir de Demogue [37], no se puede añadir a los supuestos

---

(36) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(37) DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo III, Página 143.

del pago indebido el caso en el que se pagó una deuda antes del plazo, pues la ley excluye aquí la repetición.

Añade Demogue que no hay pago indebido cuando se paga una deuda que todavía no llega a su vencimiento, incluso por error. La doctrina acuerda en decir que por el artículo 1186 del Código Napoléon, "no se puede repetir lo que se pagó por adelantado."

En este sentido, Eugène Petit [38] precisa que quien ha prometido a plazo, no es menos deudor, de modo que pagando antes del vencimiento, paga lo que es debido. No puede, en consecuencia, repetir lo que pagó.

José León Barandiarán, citado por Vidal Ramírez [39], sostiene que la facultad de repetir supone que no existe un **debitum**, aunque erróneamente lo haya creído el deudor; presupone, pues, que se haya pagado lo indebido. Tal circunstancia no ocurre tratándose de la deuda con plazo, porque la obligación existe, es cierta, y sólo están diferidos sus efectos. Si se pagó antes del plazo, no hay pago de lo indebido.

Manuel de la Puente y Susana Zusman, citados por Guillermo Lohmann [40], expresan que el plazo suspensivo da lugar a que los efectos del acto jurídico tengan que producirse necesariamente al cumplimiento del plazo, desde que éste consiste en un momento futuro pero cierto. La obligación del deudor existe, ya que la prestación, aunque aplazada en el tiempo, es debida inexorablemente. La acción de repetición de lo indebido sólo se concede a quien ha pagado lo que no era debido, cosa que no ocurre en el caso que se

(38) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 451.
(39) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 504.
(40) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Negocio Jurídico. Segunda Edición. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 1994, Página 339.

examina, pues la obligación existe, por lo cual quien paga por error respecto a la existencia del plazo suspensivo, efectúa un pago perfectamente válido.

Si bien es cierto que las opiniones anotadas tienen consistencia, pareciera que han sido pensadas en función de deudas en las cuales el cumplimiento de la obligación es uno bastante corto, de manera que por existir **debitum**, el pago efectuado antes del plazo no es indebido.

Sin embargo, creemos que el tema adquiere otro matiz cuando el plazo pendiente para el cumplimiento de la obligación es considerable, como por ejemplo de un año. En este caso, el deudor que paga con tal anticipación debería tener el derecho a reclamar lo pagado, toda vez que el plazo faltante para que se produzca la fecha de vencimiento de esa obligación resulta -a todas luces- considerable.

Pero más allá de estos conceptos, el artículo 180 del Código Civil vigente es claro al estatuir la irrepetibilidad de lo pagado antes del vencimiento del plazo suspensivo, salvo ignorancia de dicho plazo [41].

Así, cuando el deudor paga antes del vencimiento del plazo suspensivo, a sabiendas de que lo hace por adelantado, no tiene derecho a la repetición; en tanto que si pagó ignorando el plazo, podrá repetir lo pagado.

(41) El artículo 180 del Código Civil de 1984 dispone: "El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición."
Precepto similar estableció el Código Civil de 1936 en su artículo 1113: "El deudor que pagó antes del plazo no puede repetir lo pagado, pero si pagó por ignorancia del plazo, habrá lugar a la repetición."
Con una óptica distinta, el Código Civil de 1852, en el artículo 1288, estatuía que quien por error satisfizo una obligación con plazo cierto, antes de cumplirse éste, tenía derecho a que se le restituyera lo pagado, a menos que se temiera la insolvencia del que pagó antes de tiempo.

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez [42] afirma que la irrepetibilidad prevista en el precepto legal citado sólo se ha dispuesto -de manera atinada- frente al plazo suspensivo, pues estando pendiente el plazo la obligación del deudor ya existe, aunque diferida en cuanto a la oportunidad en que debe procederse al pago; en el plazo resolutorio, en cambio, el acto ya ha desplegado su eficacia y las prestaciones deben ser cumplidas hasta el vencimiento del plazo.

Añade Vidal Ramírez que la repetición de lo pagado que franquea el artículo 180 del Código Civil se fundamenta en la ignorancia del plazo, que también ha de entenderse como suspensivo. La norma citada ha precisado que el fundamento es la ignorancia, esto es, la ausencia de conocimiento sobre la existencia del plazo o de la fecha de su vencimiento.

Guillermo Lohmann [43], por su parte, sostiene que el codificador ha querido ser restrictivo al imponer la ignorancia y no el error, como el fundamento que permite repetir el íntegro de lo pagado.

La distinción -señala este autor- es importante, porque se puede errar por desconocimiento, pero no es tan fácil ignorar por error. El error en este campo supone conocer la existencia de un término, pero no conocer su fecha o, lo que es igual, tener un conocimiento equivocado. La ignorancia es cosa distinta: es creer en la no existencia de plazo y, por tanto, que la obligación es exigible, lo que equivale a falta absoluta del conocimiento.

En relación con estos conceptos, Marcial Rubio [44] anota que ignorar la existencia de un plazo para cancelar una obligación es una ignorancia de derecho y no de hecho.

---

(42) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 505.
(43) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit., Página 340.
(44) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen X, Página 171.

Asimismo, se trata de una ignorancia subjetiva, mensurable en el interior del deudor; una ignorancia que no tiene que ser la única razón que haya llevado a pagar y que no exige su conocimiento por el otro contratante.

A decir de Marcial Rubio [45]: "para que el error de Derecho me beneficie al haber hecho un pago adelantado en referencia a un plazo suspensivo aún no cumplido, yo tengo que reunir dos situaciones: error determinante de mi lado, y conocibilidad de la otra. Para beneficiarnos en caso de ignorancia, basta con ella, sin ninguna otra circunstancia confluyente. En síntesis, a la ignorancia del plazo se la trata con mayor benevolencia que al error de Derecho, en lo aplicable a estos supuestos."

Con un parecer distinto, Lohmann [46] expresa que la acción de repetición que el artículo 140 del Código Civil establece debe ser restrictivamente entendida y sólo admitirse si el deudor no tuvo posibilidad de conocer. Quien pudo y debió conocer el plazo no puede ampararse en su propia negligencia. Sería excesivo que el artículo, además de beneficiar a una segunda parte débil, favorezca también la torpeza o negligencia. La ignorancia, pues, ha de ser absoluta y sin la posibilidad de superarla. La carga de la prueba de todo ello recae en el deudor, que es quien reclama la devolución de lo pagado invocando la ignorancia.

- *El pago con prestación distinta a la debida.*

Hay **solutio indebiti** cuando por error se paga una deuda existente, pero con una prestación que no se debía.

Podría pensarse, sin embargo, que este supuesto de pago indebido configura una dación en pago.

---

(45) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen X. Página 171.
(46) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit., Página 340.

Al respecto, debemos precisar que, si bien la dación en pago supone la ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda, esta institución requiere inexorablemente de un acuerdo entre acreedor y deudor. De este modo, la ejecución de dicha prestación, lejos de realizarse por error, se efectúa en virtud de un convenio entre las partes.

Recordamos, por lo demás, que a entender nuestro la dación en pago no es otra cosa que un supuesto más de novación objetiva. Dentro de tal orden de ideas, nosotros negamos autonomía conceptual a la dación en pago.

El error constituye, así, la nota característica que permite diferenciar a la dación en pago de este particular supuesto de pago indebido.

- *El pago sin causa.*

En relación con el pago sin causa, se han elaborado diversas posiciones en la legislación y la doctrina extranjeras, según las cuales la **solutio sine causa** constituye, de un lado, una especie del pago indebido, y de otro, una institución jurídica distinta y autónoma de la **solutio indebiti**.

En la legislación argentina, por ejemplo, el pago sin causa es una especie del género del pago indebido, distinta de sus otras especies: el pago por error y el pago obtenido por medios ilícitos.

Anota Llambías [47] que el pago indebido comprende tres supuestos específicamente distintos:

1) El pago por error, que a su vez abarca dos subespecies: el pago de una deuda ajena efectuado por quien, a causa del error padecido, cree ser deudor y por eso paga; y

(47) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 367 y 368.

el pago hecho con una cosa que se cree deber, cuando en verdad es otro el objeto debido.

2) El pago sin causa legítima, que comprende varias subespecies: el pago sin causa propiamente dicho, que se presenta cuando nunca ha habido obligación que pueda justificar el pago, ni ha mediado **animus donandi** de parte del **solvens**; el pago hecho en consideración a una causa futura, de hecho frustrada, o impedida legalmente; el pago de causa cesante, que se cumplió en razón de una causa existente pero que hubiese cesado de existir. Asimismo, el pago sin causa comprende el pago de causa inmoral o ilícita.

3) El pago obtenido por medios ilícitos, como el dolo o violencia.

Bajo una perspectiva distinta, algunos autores consideran que el pago sin causa no es un supuesto de pago indebido, sino más bien una figura jurídica distinta, la cual comprende aquellos pagos efectuados por quien no es deudor, pues la obligación era inexistente o, aun existiendo, el obligado no lo era con respecto a la persona a quien pagó.

Esta tesis afirma, además, que la repetición del pago sin causa resulta mucho más sencilla que la del pago indebido, toda vez que existiendo o no error, éste no se requiere probar.

Dicha posición doctrinaria, lejos de confundir al pago por error con el pago sin causa bajo un mismo género -el pago indebido-, diferencia ambas figuras al reconocer como pago indebido únicamente al pago por error y considerar al pago sin causa como una institución distinta.

En consecuencia, distingue el pago por error del pago sin causa por la existencia del título o derecho de crédito del **accipiens**.

Sobre el particular, expresa Llambías [48] que es fundamental para caracterizar al pago por error que el **accipiens** tenga título para recibir ese pago, es decir, que sea acreedor de la obligación satisfecha. Si no fuera así, esto es, si quien recibe el pago no es acreedor, aunque el deudor así lo creyera, estaríamos en presencia de un pago sin causa y no ante un pago por error.

No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico el pago sin causa es, sin duda, una de las caras del pago indebido.

El segundo párrafo del artículo 1273 del Código Civil establece una presunción **iuris tantum** al prescribir: "... se presume que hubo error, cuando se cumple una prestación que nunca se debió..."

En este sentido, la **solutio indebiti** se configura como la categoría jurídica que comprende los diversos supuestos del pago sin causa, el pago por error y aquellos otros que hemos señalado oportunamente.

En esta línea, es preciso anotar que el pago sin causa es el supuesto del pago indebido que acorta las distancias entre este último y el enriquecimiento sin causa.

En efecto, cuando se paga lo que no se debe, se enriquece a otro sin causa.

El enriquecimiento sin causa es el acrecentamiento que se produce en el patrimonio de un sujeto a expensas del empobrecimiento de otro y sin que exista causa jurídica que lo legitime.

Raimundo Emiliani Román [49] anota que en la dinámica social no es extraño que se operen desplazamientos patrimo-

(48) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 374.
(49) EMILIANI ROMAN, Raimundo. Op. cit., Página 54.

niales que enriquezcan a una persona, aun sin su conocimiento, con el correlativo empobrecimiento de otra. Es el caso de una persona, por ejemplo, que recibe un pago que no se le debe, o cuyo terreno ha sido edificado, o cuyo edificio ha sido salvado de las llamas por la oportuna destrucción del de su vecino.

Añade el citado autor que, en tales hipótesis, se presenta un desplazamiento patrimonial injusto, aunque sea dentro de los cauces legales, en cuya virtud una persona se enriquece, sin causa jurídica, a expensas de otra: el **accipiens**, a costa del **solvens**; el dueño del terreno, a costa del edificador; el dueño del edificio salvado, a costa del dueño del destruido.

En opinión de Becerra Toro [50], el enriquecimiento sin causa consiste en el enriquecimiento injusto de un sujeto de derecho, a costa del empobrecimiento del patrimonio de otro sujeto de derecho.

Todo acrecentamiento patrimonial debe tener siempre una causa jurídica, pudiendo provenir de la voluntad o de la ley, pero nunca de medios ilícitos, para que sea reconocido por el Derecho como un incremento patrimonial legítimo.

Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas [51] refieren que el patrimonio de las personas está sometido a continuos cambios, por efecto de los distintos medios legales de adquirir derechos y contraer obligaciones. Mientras tales variaciones tengan un antecedente (causa) jurídico lícito, serán amparadas por el Derecho, reconociéndose las consecuencias inherentes a cada una de ellas. Pero puede suceder que un desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, produciéndose un "enriquecimiento sin causa" en beneficio de una persona y el correlativo empobrecimiento de otra.

(50) BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Página 43.
(51) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 498.

En ese sentido, debemos señalar que la sanción del enriquecimiento sin causa constituye, sin duda, otra expresión de la regla moral en las obligaciones civiles.

La indemnización por el enriquecimiento sin causa, en efecto, traduce el precepto moral según el cual nadie debe enriquecerse sin causa a expensas de otro.

Al respecto, Eugène Gaudemet [52] anota que bajo la influencia de ideas de equidad, que han penetrado en el derecho positivo, existe un principio en virtud del cual nadie debe enriquecerse sin causa en detrimento de otro.

Así, cuando un patrimonio resulta acrecentado sin derecho a expensas de un sujeto, se configura un enriquecimiento sin causa que origina el deber de indemnizar a quien empobreció sin causa.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas [53] que, según la tesis tradicional, el enriquecimiento sin causa es un simple corolario o aplicación de la regla de equidad que no permite a nadie enriquecerse a expensas de otro. Así lo entienden Domat, Pothier, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Salvat y Borda.

Georges Ripert, citado por Cazeaux y Trigo Represas [54], sostiene que el fundamento de dicha acción reposa en un deber moral o de conciencia; así, lo que está prohibido por la moral no es enriquecerse a costa de otro, sino enriquecerse injustamente.

El principio que inspira al enriquecimiento sin causa encuentra sus orígenes desde antiguo, aun cuando en las sociedades primitivas dicho principio no se conoció, pues la fuerza y un exacerbado individualismo regían las sociedades rudimentarias.

(52) GAUDEMET, Eugène. Op. cit., Página 312.
(53) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 502.
(54) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 502.

A decir de Malaurie y Aynès [55], de las profundidades de la historia y de la conciencia humana procede un principio que domina la totalidad de la vida en sociedad: ninguno debe enriquecerse a expensas de otro.

Este principio, inspirado en la máxima romana de alta moral **suum cuique tribure** -dar a cada uno lo suyo-, se encuentra en todas las instituciones como la justificación y razón de ser de todo el Derecho Privado. Pero es, además, fundamento de la acción que procede del enriquecimiento sin causa: la **actio in rem verso**.

El nombre latino de la acción proviene del Derecho Romano, y significa acción en restitución de la cosa [56].

El fundamento de esta acción es claro: la ausencia de causa jurídica que legitime el enriquecimiento de un patrimonio. No obstante, existen diversas teorías que pretenden explicar la razón por la que quien enriqueció sin causa debe indemnizar. Entre ellas, las principales son las que anotamos a continuación.

Según una primera tesis, el principio del enriquecimiento sin causa es una norma destinada a restablecer el equilibrio patrimonial, lo que formula la teoría del equilibrio entre dos patrimonios.

(55) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Las Obligaciones. 3era. Ed. París, Ediciones Cujas. 1992. Página 513.
(56) En el Derecho Romano, según anotan Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 500.), la **actio in rem verso** se interponía contra el **pater familias**, cuando éste indebidamente hubiese retenido las ganancias que correspondían a un individuo sujeto a su potestad.

Esta teoría -según expresa G. Marty [57]- parece inspirarse en el análisis de las hipótesis legales de accesión, edificaciones en terrenos ajenos, entre otras.

Dicha tesis encuentra en la **actio in rem verso** un medio de impedir que se rompa, sin causa, la estabilidad de los patrimonios. Se trata de un medio de restablecer el equilibrio en sus relaciones, cuando dicho equilibrio se ha roto; en resumen, una especie de reivindicación sumamente amplia.

En este sentido, Demogue, citado por Cazeaux y Trigo Represas [58], anota que el enriquecimiento sin causa apunta al restablecimiento -por lo menos aproximativo-, al **statu quo ante**, ora por cierta hostilidad contra el acto cumplido, ora por favorecer al empobrecido, y se justifica como un medio de perpetuar los valores que contiene el patrimonio, por la exigencia de una seguridad estática de las fortunas.

De otro lado, el enriquecimiento sin causa se ha caracterizado como un hecho ilícito. De este modo, quien conserva un enriquecimiento sin causa comete un acto delictuoso.

Al respecto afirma Planiol, también citado por Cazeaux y Trigo Represas [59], que "si se reflexiona que lo que obliga a restituir es el principio según el cual no está permitido conservar un enriquecimiento obtenido sin causa a expensas de otro, se convendrá en que esta acción pertenece a la familia de las acciones nacidas de hechos ilícitos."

No obstante, debemos señalar que el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado, conceptos que no se presentan necesariamente en el enriquecimiento sin causa.

---

(57) MARTY, G. Teoría General de las Obligaciones. Editorial CAJICA, S.A. 1986, Volumen I, Páginas 265 y 266.
(58) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 503.
(59) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 502.

Por otra parte, Teisseire -según señalan Cazeaux y Trigo Represas [60]- propone una concepción objetiva del enriquecimiento al sostener que, si existe una teoría objetiva del riesgo creado, tratándose de la responsabilidad civil, debe existir para el enriquecimiento sin causa la teoría del "provecho creado", en virtud de la cual toda persona tendrá derecho a reclamar o exigir para sí las consecuencias útiles o ventajosas de su obra.

Pero más allá de estas consideraciones, la **actio in rem verso** permite retornar el enriquecimiento a aquél que lo creó en virtud del precepto moral y reconocido por el derecho: **nemo cum alterio detrimento locupletiorem fieri potest**.

Por ello, esta acción constituye para algunos autores la justicia misma, pues restablece el equilibrio en beneficio del empobrecido, dando a cada uno su medida [61].

La ley civil peruana otorga juridicidad al principio de la **actio in rem verso**, consagrando, dentro del título que regula a las fuentes de las obligaciones, al enriquecimiento sin causa como causa eficiente de la obligación de indemnizar.

Así, el artículo 1954 del Código Civil Peruano de 1984 estatuye: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

---

(60) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 503.
(61) Raimundo Emiliani Román (EMILIANI ROMAN, Raimundo. Op. cit., Página 54.) anota que: "la justicia, para algunos sólo la equidad, exige que tal desequilibrio patrimonial se deshaga para restablecer el equilibrio, porque no es lícito enriquecerse sin causa, a expensas de otro.
He aquí otro principio que genera obligaciones a cargo de un enriquecido fortuito merced a un desplazamiento patrimonial. En su virtud, presentado un desplazamiento patrimonial injustificado, habrá que restablecer la equidad rota, obligando al enriquecido a recompensar al empobrecido.
Estamos, pues, en presencia de otra fuente de obligaciones, constituida por el enriquecimiento sin causa."

Al respecto, Becerra Toro [62] acota que la consecuencia que debe sufrir quien obtiene un aumento patrimonial condenado por la ley y la equidad, no puede ser otra distinta de la indemnización de los perjuicios causados.

Es de hacer notar que, en la legislación extranjera, pocos son los Códigos Civiles que regulan expresamente al enriquecimiento sin causa, aun cuando el principio en que se fundamenta se encuentra hoy aceptado por la doctrina y la jurisprudencia universales. Es el caso de los Códigos Civiles de Austria, Alemania, Suizo de las Obligaciones, Mexicano, Venezolano, Italiano, Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos, entre otros [63].

---

(62) BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Página 43.

(63) Refieren Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 501.) que la primera legislación que sancionó expresamente al enriquecimiento sin causa fue el Código Civil de Austria del año 1811.
Ya en el derecho contemporáneo, el Código Civil Alemán en el artículo 812 dispone: "El que por una prestación o de cualquier otro modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a costa de otra persona, estará obligado a restituirla a ésta. Dicha obligación existirá aunque la causa jurídica existente en un principio desaparezca después, o cuando el resultado perseguido, según el tenor del acto jurídico, por medio de la prestación, no llegue a realizarse."
El artículo 62 del Código Suizo de las Obligaciones estatuye: "Quien sin causa legítima se enriquece a expensas de otro, está obligado a restituir. La restitución es debida en particular por quien ha recibido sin causa válida, en virtud de una causa que no se ha realizado, o de una causa que ha cesado de existir."
El artículo 1882 del Código Civil Mexicano de 1928 prescribe: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido."
El Código Civil Venezolano de 1942 establece en el artículo 1184: "El que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla dentro del límite de su enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido."
El Código Civil Italiano de 1942 dispone en el artículo 2041 que: "Quien, sin una justa causa, se ha enriquecido en daño de otra persona, está obligado en los límites del enriquecimiento a indemnizarla por la correlativa disminución patrimonial. Cuando el enriquecimiento

En la legislación universal, la mayoría de los Códigos extranjeros simplemente prevén algunas aplicaciones prácticas del principio de equidad antes anotado [64].

Sorprendentemente, el Código Civil Francés y algunas de las legislaciones que en él se inspiraron, se limitan a consagrar la tesis del enriquecimiento sin causa a través de soluciones sobre la base de la equidad.

A mediados del siglo XIX, la doctrina y la jurisprudencia francesas afirmaron que por un principio general de Derecho existe la obligación de restituir el enriquecimiento de un patrimonio, siempre que tras de aquél no existiese causa legítima.

La doctrina francesa reconoce en su legislación aplicaciones particulares del principio general subyacente en el enriquecimiento sin causa. Es el caso, por ejemplo, del artículo 555 del Código Napoléon, relativo a la edificación en terreno ajeno, según el cual el propietario del terreno, si bien será reconocido como dueño de lo edificado, debe indemnizar a quien edificó. De lo contrario, estaría enriqueciéndose sin causa.

Por su parte, la jurisprudencia francesa, a partir de 1870, en-

---

tiene por objeto cosa determinada, el que la recibió está obligado a restituirla en **natura** si subsiste al tiempo de la demanda."
El Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos, en fin, regula en el artículo 73 lo siguiente: "El que se enriquece sin causa con detrimento de otra persona, está obligado a indemnizarla, en la medida de su propio enriquecimiento, de lo que ella se ha empobrecido."

(64) Ello obedece, con toda probabilidad, a que la formulación de la teoría del enriquecimiento sin causa es relativamente reciente, aun cuando el principio sobre el que se basa se reconoce desde las épocas más remotas, a pesar de hallarse desprovisto de alguna forma jurídica. Sólo bajo la influencia moralizante del Derecho Canónico la obligación de indemnizar en caso de enriquecimiento sin causa fue legislativamente admitida.
Encontramos así la ley 17 del título 34 de la Séptima Partida: "**Ninguno non devue enriquescer tortizeramente con daño de otro.**"

contró ciertos casos en los que era equitativo ordenar la restitución del enriquecimiento injusto, aun cuando ningún precepto legal lo hubiera previsto. Con este fin, dicha jurisprudencia recurrió a las reglas de la gestión de negocios y del contrato en favor de tercero [65].

Resulta de interés por ello hacer referencia a las diversas fases de elaboración de la teoría del enriquecimiento sin causa por la jurisprudencia francesa.

De 1804 a 1870, la Corte de Casación Francesa se niega expresamente a admitir la noción de enriquecimiento sin

(65) Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 502.) anotan que para la jurisprudencia francesa de los años 1870 a 1900 el fundamento del enriquecimiento sin causa reside en una gestión de negocios anormal o imperfecta, por ausencia de alguno de los elementos propios y esenciales para que ésta se configure; como si -por ejemplo- faltara el ánimo de administrar un patrimonio ajeno, o si se hubiese obrado en interés personal, o si la gestión se realizó contra la prohibición del dueño del negocio.
Sobre el tema, G. Marty (MARTY, G. Op. cit., Volumen I, Página 263.) señala que antes de 1892, cuando aun no se había establecido en toda su amplitud el principio de la **actio in rem verso**, la jurisprudencia francesa intentó fundamentar el enriquecimiento sin causa por entender que se trataba de una gestión de negocios anormal, es decir, aquella que no reúne las condiciones ordinarias.
Añade el citado autor que esta teoría se encontraba ante dos objeciones: en el enriquecimiento sin causa no existe intención de ocuparse de los negocios ajenos y la extensión de la restitución es diferente en el caso de la gestión de negocios.
Bonnecase (BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 309.), por su parte, afirma que Demolombe se niega expresamente a reconocer autonomía jurídica a la noción de enriquecimiento sin causa, situándola en los límites de la gestión de negocios. Lo mismo acontece con Larombière en su **theorie et pratique des obligations**.
Aubry y Rau, según Bonnecase, bajo la influencia de la Escuela de la Exégesis, tratan de basar la noción de enriquecimiento sin causa en una de las instituciones consagradas por la ley civil; únicamente que, en lugar de relacionarla con la gestión de negocios, la fundan en la reivindicación.

causa considerada en sí misma como fuente de las obligaciones. En el fondo, la doctrina adopta la misma solución, inclinándose por la aplicación extensiva de algunos textos del Código Civil, como los relativos a la gestión de negocios, para conceder así, indirectamente, un lugar restringido al enriquecimiento sin causa. La doctrina y la jurisprudencia se hallan bajo el imperio de la Escuela de la Exégesis y de sus postulados; debe suprimirse del Derecho Civil toda noción que no esté consagrada en un texto legal; pero mientras la jurisprudencia aplica este principio en una forma absoluta, a falta de un texto general, la doctrina se muestra más conciliadora y trata de aplicar extensivamente los textos especiales.

Recuerda Bonnecase [66] que la Corte de Casación, en dos sentencias, dio a conocer claramente su tesis hostil al enriquecimiento sin causa, como hecho jurídico generador de obligaciones, independientemente de todo texto legal. En la sentencia Roques, del 12 de marzo de 1850, la Suprema Corte, resolviendo otras controversias, niega toda acción contra una sociedad mercantil al vendedor de mercancías que beneficiaron a ésta, a través de los actos del comprador; éste era socio, pero había obrado en nombre propio, beneficiándose posteriormente la sociedad con la operación. En la sentencia Calmels, del 16 de febrero de 1853, la Corte aplica la misma regla a una sociedad civil que se benefició con terrenos vendidos a título personal a uno de los socios, mediante un precio convertido posteriormente en una renta anual y perpetua, negando al vendedor o a sus representantes, toda acción contra la sociedad. En ambas sentencias, la Roques y la Calmels, la Corte de Casación negó, en forma expresa, toda influencia a la noción de enriquecimiento sin causa, considerada aisladamente.

Añade el referido autor que, en la tesis de 1850, la Corte de Casación sostuvo que, ante la ausencia de un hecho ilícito,

(66) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Páginas 307 y 308.

era improcedente la acción si el autor empobrecido no podía fundar sus pretensiones contra el demandado en un contrato o en un cuasicontrato y que, implícitamente, la noción de enriquecimiento, considerada en sí misma, no era susceptible de engendrar ninguna obligación.

El advenimiento de la noción de enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia francesa se produce entre 1870 y 1892.

En efecto, la segunda fase de la evolución de la jurisprudencia sobre la teoría del enriquecimiento sin causa principia con una sentencia de la Corte de Casación del 14 de marzo de 1870 (S., 70.1.291), que deja entrever un cambio cierto en el criterio del órgano jurisdiccional.

Agrega Bonnecase [67] que el alcalde de la Villa Tolosa había convenido con un empresario la organización de las fiestas municipales, pero que los gastos superaron la subvención acordada por el Concejo Municipal. El empresario accionó entonces contra la Villa, fundado en el enriquecimiento sin causa, reclamándole el pago de suministros suplementarios. Habiendo el Tribunal y la Corte acogido esta acción, se llevó el asunto ante la Corte de Casación. Esta rechazó el recurso impugnatorio contra los fallos del Tribunal y la Corte "considerando que, en cuanto a los hechos, la Corte Imperial reconoce que los suministros entregados contribuyeron a la realización de las fiestas, produciendo un aumento en las entradas de la caja municipal, y que éstos beneficiaron a la Villa de Tolosa, en una proporción superior a su valor...".

Estima Bonnecase que, en esta forma, aparece en el horizonte la noción de enriquecimiento sin causa, a título independiente, pero que sólo fue consagrada directa y totalmente en la sentencia Boudier de 1892 [68].

---

(67) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 309.
(68) En relación a la sentencia Boudier, Bonnecase (BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 310.) relata primeramente los he-

Según anota G. Marty [69]," esta sentencia señala que la **actio in rem verso** se deriva del principio de equidad, que prohíbe enriquecerse a costa ajena, y que no habiendo sido reglamentada por ningún texto legal, no está sometida su ejercicio a ninguna condición determinada; a que basta, para su procedencia, que el actor alegue y ofrezca probar la existencia de una ventaja obtenida para la persona a quien demanda, a costa de un sacrificio o hecho personal del actor; que, por tanto, al admitir a los demandantes probar con testigos que los abonos entregados en la fecha indicada, se em-

---

chos más sobresalientes que la originaron. J. Patureau-Miran, propietario del dominio de Miram (Indre), lo arrendó el 5 de marzo de 1886 a Garnier-Godard, por una renta anual de 5,500 francos. Como el arrendatario no cumplió sus obligaciones, se rescindió el contrato el 22 de diciembre de 1888. Se reconoció entonces que Garnier-Godard adeudaba a Patureau-Miran, la suma de 1,500 francos por arrendamiento y faltantes de los instrumentos de cultivo (Cheptel). Para extinguir en parte su deuda, Garnier dejó al arrendador la cosecha que había sembrado, que aún estaba en pie, por el precio que fijaran los peritos. Formulado el peritaje y realizadas todas las compensaciones, el arrendatario quedaba debiendo 5,376 francos y, en estas condiciones, Patureau recobró la posesión de su granja. Más tarde Boudier, padre e hijo, comerciantes de abonos, presentaron a Patureau una nota de 324 francos por abonos vendidos y entregados a Garnier-Godard, antes de la rescisión del arrendamiento. Como se negó el pago, los Boudier demandaron ante el Tribunal de Chateauroux. Refiere Bonnecase que en el debate contradictorio el demandado desconoció el hecho de la entrega y subsidiariamente el empleo del abono en sus tierras; hizo notar que el antiguo arrendatario tenía tierras de su propiedad contiguas a las suyas y que no teniendo bestias propias, debía recurrir, para abonar sus tierras, a la compra de abonos. Los actores alegaron una serie de hechos que pretendieron probar con testigos, entre otros, el de que Patureau, en el peritaje para determinar las cuentas a la salida de su antiguo inquilino, se había obligado a pagar el precio de los abonos reclamados. Patureau discutió expresamente la admisibilidad de la prueba ofrecida, por exceder la cantidad reclamada de la suma de 150 francos. El 2 de diciembre de 1890, el Tribunal de Chateauroux decide, admitiendo como válida la prueba testimonial de los hechos alegados. Contra esta resolución Patureau-Miran interpuso el recurso de casación, que fue resuelto el 15 de junio de 1892, confirmando el fallo del Tribunal de Chateauroux.

(69) MARTY, G. Op. cit., Volumen I, Página 255.

plearon en las propiedades del recurrente, para abonar la siembra de que se aprovechó éste, la resolución recurrida aplicó exactamente los principios sobre la materia."

Al respecto, G. Marty [70] considera que la sentencia de 1892 establecía el principio de la acción de **in rem verso** con una generalidad absoluta. Incluso insiste sobre el hecho de que el ejercicio de la acción no estaba sometido a ninguna condición determinada, afirmación cuyo alcance, sin duda, es excesivo.

Añade el citado autor que "si cada vez que una persona enriquece a otra, empobreciéndose ella, tiene el derecho de ser indemnizada, la acción de **in rem verso** se aplicaría constantemente y transtornaría todas las reglas jurídicas. Por ejemplo, si dos personas han celebrado un contrato, en el que una pierde y la otra gana, ¿podrá aquella obtener una indemnización mediante la acción de **in rem verso**? Esta solución es evidentemente inadmisible. Por ello, desde 1892, la jurisprudencia se ha esforzado por delimitar condiciones de la acción de **in rem verso** y por precisar sus efectos."

En el mismo sentido, recuerda Bonnecase [71] que la noción de enriquecimiento sin causa y la acción que deriva de ella, tal como se encuentra en la sentencia Boudier de 1892, fue objeto de vivas críticas debido a su imprecisión y más bien a su carácter extensivo. Correspondía a la Corte de Casación definir su tesis, lo que hizo en la sentencia Clayette, del 12 de mayo de 1914, cuya doctrina fue confirmada poco después [72].

---

(70) MARTY, G. Op. cit., Volumen I, Página 256.
(71) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 313.
(72) Reseña Bonnecase (BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Páginas 313 y 314.) que mediante emplazamiento del 20 de marzo de 1904, el abate Pinardy reivindicó contra el liquidador de la congregación disuelta de los misioneros de la Salette, diversos inmuebles y las construcciones levantadas en éstos. La viuda de Clayette intervino en el juicio por medio de escrito del 15 de abril de 1904; solicitó

Lo expuesto denota cómo la jurisprudencia, ayudada por la doctrina, ha elaborado -desprovista de preceptos legales expresos sobre la materia- la teoría del enriquecimiento sin causa.

Volviendo al tema que nos ocupa debemos señalar que, si bien en el enriquecimiento sin causa y en el pago indebido -en especial tratándose de un pago sin causa-, no existe una obligación que legitime el enriquecimiento o el pago y, por tanto, la prestación que se ejecuta es indebida, subsisten entre ambas instituciones verdaderas diferencias.

---

que el Tribunal reconociera al Abate Pinardy como propietario de los inmuebles que reivindicaba; pidió además que el liquidador fuera condenado a pagarle a ella la suma de 81,999 francos, en caso de que el tribunal estimara que el abate Pinardy fuese únicamente testaferro de la congregación. Para ese efecto, hizo valer la existencia de diversos préstamos hechos al abate Pinardy, con motivo de los cuales éste afectó las construcciones que habían de edificarse en los inmuebles litigiosos, y que constaban en diversos pagarés suscritos por el abate Pinardy en distintas fechas anteriores a la liquidación.
Añade Bonnecase que la acción de la viuda de Clayette fue declarada improcedente por la Corte de Grenoble y posteriormente por la Suprema Corte, por una sentencia cuya parte considerativa señaló lo siguiente: "Considerando que en sus conclusiones, la viuda de Clayette trataba de obtener, por medio de la acción de **in rem verso**, la restitución de las sumas cuyo pago había reclamado al intervenir en el juicio, o de parte de ellas, alegando la existencia de un pretendido contrato de mutuo; considerando que la acción de **in rem verso**, fundada en el principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de otra persona, procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando esta última no goce de ninguna acción derivada de un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, para obtener lo que se le debe; pero que no puede substituirse durante un juicio, por una acción diferente, originalmente fundada en una obligación contractual, cuyo actor estuviese imposibilitado legalmente para probarla en las formas establecidas por los artículos 1341 y 1347 del Código Civil...".
La sentencia de 1914 deja sentado así que para el futuro no podrá interponerse la acción de **in rem verso** pretendiendo haber sufrido un empobrecimiento sin causa basándose en alguna de las fuentes de las obligaciones.

Para que el pago sea indebido, el error debe estar presente[73].

Para que el enriquecimiento sea calificado como injusto, ilegítimo o sin causa, se requiere de los siguientes elementos constitutivos:

A) Que exista un enriquecimiento, es decir que se haya obtenido una ventaja patrimonial.

Esta ventaja puede ser positiva, si consiste en una adición patrimonial, o negativa, si evita el menoscabo de un patrimonio.

En relación con el desplazamiento en favor de un patrimonio de un valor perteneciente a otro, Bonnecase [74] señala que el aumento de un patrimonio no siempre presenta la forma activa de la unión de un valor a otro patrimonio; por el contrario, se admite que la situación es susceptible de presentarse bajo la forma de una pérdida evitada a un patrimonio, por medio de un sacrificio sufrido por otro patrimonio.

Así, añade Bonnecase, la noción de enriquecimiento afecta, unas veces, un aspecto positivo que resulta de la recepción del valor salido del patrimonio ajeno, y otras, un aspecto negativo, consistente en el hecho de haberse evitado el demandado una pérdida, gracias al sacrificio de un valor por el actor.

B) Que se produzca un empobrecimiento correlativo.

Antonio de la Vega Vélez [75] sostiene que la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecido debe implicar una disminución patrimonial al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Ello supone la existencia de un sujeto activo y de un sujeto pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia del enriquecido sea la misma que causa el menoscabo del empobrecido.

C) La inexistencia de una causa jurídica que legitime el desequilibrio entre los dos patrimonios.

Anota Julien Bonnecase [76] que otro elemento del enriquecimiento sin causa es la no justificación, en Derecho, de la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro, lo que debe entenderse por la expresión "sin causa".

Como puede observarse, la noción de enriquecimiento sin causa no requiere del error como requisito **sine qua non**. En consecuencia, en atención a los elementos constitutivos de una y otra figura jurídica, encontramos diferencias.

Por otra parte, el enriquecimiento sin causa otorga al empobrecido la acción de **in rem verso**, en tanto que el pago indebido franquea la acción de restitución.

La acción que nace del enriquecimiento sin causa tiene por objeto -en nuestro ordenamiento jurídico- indemnizar. La acción que nace del pago indebido tiene el próposito de restituir lo pagado indebidamente.

Ahora bien, el monto de la reparación tiene un doble límite, toda vez que éste no podrá ser mayor al empobrecimiento o al enriquecimiento.

---

(73) En nuestra opinión -según hemos señalado con anterioridad-, el dolo también es generador del pago indebido.
En consecuencia, el pago puede ser indebido a causa del error o del dolo.

(74) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 318.

(75) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 116.

(76) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 320.

En este sentido, afirma Bonnecase [77], la acción de **in rem verso** no puede ser ni una fuente de provecho para el actor, ni una fuente de pérdida para el demandado; esencialmente se refiere al restablecimiento de la integridad de un patrimonio con relación a otro patrimonio.

La restitución, sin embargo, no se limita al valor de la prestación o a ella misma, pues -según se verá en el análisis de los artículos 1269 y 1271 del Código Civil Peruano- esta podría extenderse, además, a los intereses y frutos.

Adicionalmente, notemos que la acción nacida del enriquecimiento sin causa se origina en supuestos diversos a los de la acción de restitución por pago indebido.

La **actio in rem verso** procede en aquellas hipótesis en las que se presente el aumento de un patrimonio en perjuicio de otro, no justificado por una causa jurídica y siempre que no resulte de aplicación otra acción de derecho común.

El carácter subsidiario que asiste a dicha acción es sancionado expresamente por nuestro Código Civil en el artículo 1955: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización."

Al respecto, la Doctora Delia Revoredo Marsano [78], comentando el tema, señala: "Debe aclararse el carácter independiente de la acción por enriquecimiento sin causa y para ello es imprescindible relevar que la acción **in rem verso** no procede en los casos de enriquecimiento con causa, es decir, del enriquecimiento que proviene de una fuente legítima y regular. Así, quien se empobrece en base a un acto jurídico válido no puede utilizar la acción de enriquecimiento sin causa; el que se empobrece y enriquece a otros por disposición de la ley tampoco podrá accionar por enriquecimiento sin causa. Como expresáramos anteriormente, hay casos en que la ley 'justifica' enriquecimientos aparentemente injustos; el del poseedor de buena fe que hace suyos los frutos; o el del poseedor que llega a usucapir; o el del deudor cuya deuda prescribe. Con la explicación que precede se esclarece el dilema de si la acción **in rem verso** es o no subsidiaria de toda otra acción, es decir, si sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo."

(77) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 321.
(78) REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo VI, Página 778.

Así las cosas, debemos precisar que aun cuando el enriquecimiento sin causa y el pago indebido presentan caracteres propios, ambas instituciones no están del todo distantes, pues las dos se cimentan en un mismo principio de derecho.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas [79], el fundamento de la acción de repetición de lo pagado indebidamente reposa, sin lugar a dudas, en el principio de que nadie debe enriquecerse injustificadamente con perjuicio ajeno; inclusive se puede sostener que constituye un episodio, aunque quizá el más importante, de la consagración del enriquecimiento sin causa.

– *Otros supuestos de pago indebido.*

Por otra parte, y continuando con la exposición del pago indebido, anotamos como otro de sus supuestos a aquel en el que una persona paga **proprio nomine** la obligación de otro, creyendo equivocadamente que es deudor.

Nos referimos al pago hecho por tercero debido a un error.

Anotan Cazeaux y Trigo Represas [80] que se presenta como

(79) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 514.
(80) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 515.

un supuesto de particular dificultad aquel en el cual el **accipiens** tiene título para recibir el pago por ser acreedor de la obligación y concientemente lo acepta de manos de un tercero que no es su deudor. Preguntan dichos autores si en esta hipótesis se exige o no la prueba del error del tercero para la procedencia de la repetición.

Se ha dicho al respecto que si el acreedor o persona autorizada es quien recibe el pago, el mismo tiene causa, sea que lo hubiese practicado el deudor o un tercero; por lo tanto, para la viabilidad de la acción de repetición se debe demostrar el error de quien pagó.

Otros autores afirman que en esta hipótesis podría presumirse una liberalidad por parte del tercero **solvens**, salvo que éste probase que desconocía que estaba pagando una deuda ajena, en cuyo caso procede la acción de repetición.

A nuestro modo de ver, el pago hecho por quien se creía deudor a un acreedor real, constituye un pago indebido, siempre que se pague por error, a nombre propio, esto es sin intención de liberar a otro y sin que exista **animus donandi**. En este sentido, deberá probarse el error con que se pagó para poder recobrar lo pagado indebidamente.

Por otra parte, es preciso señalar que el pago de una obligación natural no constituye un supuesto del pago indebido. Quien paga una deuda natural, paga lo que es debido, de suerte que, aunque fuera por error, no tiene derecho a exigir la restitución de lo pagado. Desde el Derecho Romano, la **natura debitum** excluye la **condictio indebiti**.

Expresa Vincenzo Arangio Ruiz [81] que las obligaciones naturales, aun cuando revisten la estructura formal de una obligación civil, están desprovistas por el ordenamiento jurídico de un medio judicial o extrajudicial que obligue al deudor al cumplimiento.

(81) ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Páginas 457 y 458.

No obstante, el Derecho les ofrece una tutela parcial, sobre todo considerando su eventual cumplimiento. Así, se rehúsa al deudor la **condictio indebiti**.

En igual sentido, Saavedra Lozano [82] anota que, si la deuda que se paga es una deuda natural, el pago que se efectúa no es indebido, porque se ha pagado con causa; por ello, en este caso, la **condictio indebiti** debe ser rechazada al deudor.

El Derecho ve aquí la oportunidad ideal para que una obligación natural llegue a tener cumplimiento. Y por ser un hecho inusual y debido, la ley no titubea en darle pleno valor jurídico, de tal manera que quien paga una obligación natural no podrá repetir lo pagado, pues pagó bien.

No debe confundirse, entonces, la inexigibilidad de una obligación y su existencia.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1267.*

El tema del pago indebido cuenta con las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "El conductor que paga una merced conductiva superior a la que efectivamente debe conforme a su contrato, tiene derecho a recobrar el exceso indebidamente pagado." Anales Judiciales, 1871, Página 80. (Artículo 1280 del Código Civil de 1936).

II.- "El que ha pagado alguna cosa por error de haberse creído deudor de ella, tiene derecho a recobrarla del que la recibió in-

(82) SAAVEDRA LOZANO, Saúl. Op. cit., Página 400.

debidamente: este dispositivo legal se funda en el principio de justicia natural de que no deben subsistir los efectos de actos jurídicos practicados sin causa o por consecuencia de un error de hecho o de derecho." Ejecutoria del 6 de agosto de 1915. Anales Judiciales, Página 92. (Artículo 1280 del Código Civil de 1936).

III.- "Es infundada la demanda interpuesta por el retrayente, sobre pago indebido, para que se le devuelva el mayor precio que alega haber pagado por el inmueble retraído, aduciendo que en la escritura de venta se fijó precio mayor que el realmente pagado." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1955, Página 1855. (Artículo 1280 del Código Civil de 1936).

IV.- "El Banco girado responde ante la persona a cuyo nombre se gira un cheque si este es cobrado por terceros, sin que conste endoso a su favor. Los daños y perjuicios originados se compensan con los intereses legales." Ejecutoria del 29 de agosto de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 168, 1958, Página 86. (Artículos 1280 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1324 del Código Civil de 1984).

– *Concordancias nacionales.*

Pago antes de vencer el plazo suspensivo, artículo 180 del Código Civil / Pago indebido de buena fe, artículo 1268 del Código Civil / Casos de improcedencia de la repetición, artículo 1275 del Código Civil.

- PAGO INDEBIDO EFECTUADO A PERSONA QUE PROCEDIO CON BUENA FE. EFECTOS.

Artículo 1268.- "*Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1268.*

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

De otro lado, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, tampoco trataba sobre el tema, al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926.*

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, legislaba la materia en el numeral 1270:

"Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva."; mientras el *Código Civil de 1936*, lo hacía en su artículo 1281: "Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el punto en el artículo 132: "Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en su artículo 123: "Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho, o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor."

Para finalizar esta relación, debemos mencionar que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, trataba el tema en su artículo 1286: "Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho, o dejado prescribir

la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el numeral 1235: "Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1268 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 803, segundo párrafo), Ecuatoriano (artículo 2222, segundo párrafo) y Chileno (artículo 2295, segundo párrafo), el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 963), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2456), y los Códigos Español (artículo 1899), Brasileño (artículo 969), Argentino (artículo 785) y Venezolano de 1942 (artículo 1181, norma que establece adicionalmente que quien recibió de buena fe la cosa indebida estará obligado, en caso de que no subsista o se deteriore, a la indemnización hasta el monto que se ha convertido en su provecho).

– *Análisis.*

Si por justicia se entiende tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justo que quien actúe de buena fe reciba un tratamiento distinto de aquel que obra de mala fe.

Puig Brutau, citado por Manuel de la Puente y Lavalle [1], considera que la buena fe es un estado psicológico que el orden

---

(1) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 28.

jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Así, en algunos casos la norma aplicable será elegida a través de la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención del sujeto.

En efecto, el Derecho otorga a la buena fe una consideración especial y favorable, la cual se percibe con meridiana claridad en materia de pago indebido.

El artículo 1268 del Código Civil Peruano, bajo comentario, exime de la obligación de restituir a quien hubiera recibido el pago indebido de buena fe y hubiese deteriorado o dejado extinguir las vías que el Derecho le franquea para el cobro de su crédito.

Al respecto, cabe preguntarse a qué clase de buena fe alude el precepto bajo análisis.

Sin lugar a dudas, el artículo 1268 del Código Civil hace referencia a la buena fe subjetiva de quien recibe el pago indebido.

Debemos recordar que si bien existen otras clasificaciones, la doctrina es unánime en reconocer una buena fe subjetiva -referida a la intención o creencia de las partes- y una buena fe objetiva -referida al obrar de las mismas- [2].

---

(2) Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 26.) anota que en estas dos acepciones de la buena fe se juzga una conducta, no obstante ser fundamentalmente dispares, desde que la buena fe subjetiva consiste en la apreciación de una situación personal, mientras que la buena fe objetiva en la aplicación de una regla impersonal de conducta. En el primer caso, si el sujeto actuó porque creyó honradamente, y en el segundo, si actuó de acuerdo con lo que honradamente debió.
Por ello se ha dicho, en torno a la buena fe subjetiva, que ésta consiste en la convicción de actuar conforme a ley y de no perjudicar otro derecho. En tanto que la buena fe objetiva supone proceder con rectitud y lealtad, sin engañar.

La buena fe subjetiva es identificada en doctrina con el elemento psicológico de la creencia.

En este sentido, Ferreira -también citado por Manuel de la Puente [3]- afirma que "la buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma."

Este tipo de buena fe, añade el referido autor, "resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad en que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica."

Manuel de la Puente y Lavalle [4], acogiendo el parecer de doctrina igualmente autorizada, sostiene que la buena fe subjetiva presenta los caracteres que se citan a continuación:

"a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.
b) Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.
c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.
d) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.
e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.

---

(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 28.
(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 30.

f) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.
g) El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia."

Es preciso anotar, además, que la buena fe de quien recibe un pago indebido debe fundamentarse en el error[5].

Conforme hemos señalado al estudiar el artículo 1267 del Código Civil, queda claro que el error de quien paga indebidamente es el error que configura el pago indebido, en tanto que el error de quien recibe el pago indebido es el fundamento de una hipotética buena fe.

Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas [6] expresan que el error o falso conocimiento es requisito del pago indebido, concebido como una falta de coincidencia entre la noción que se tiene y la realidad a que dicha noción debía corresponder.

Añaden los citados autores que el único error que cuenta para la acción de repetición es el del **solvens**; mientras que el error de quien recibe el pago puede interesar para determinar su buena o mala fe y precisar así las consecuencias accesorias de la repetición, pero no incide en la procedencia de ésta.

Anota Moisset de Espanés [7], por su parte, que "en materia de pago indebido, el **accipiens** será de buena fe cuando siendo acreedor cree, por error, que la prestación que recibe es la que realmente debía entregársele; o cuando no siendo acreedor, está persuadido de que verdaderamente lo es."

---

(5) Resulta pertinente recordar que el error -según nuestro análisis del artículo 1267 del Código Civil- puede entenderse, en materia de pago indebido, no sólo como error-vicio de la voluntad, sino también como una simple equivocación.
(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 51.
(7) MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Página 56.

Bajo esta línea de pensamiento, Puig Brutau, citado por Manuel de la Puente [8], considera que cuando un sujeto obra en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico, recibe del Derecho un tratamiento favorable: el tratamiento de la buena fe.

Con un parecer distinto, De la Puente discrepa de esta opinión, pues juzga que lo que interesa es la existencia de la creencia y no del error [9].

Estimamos que en materia de pago indebido la buena fe de quien lo recibe debe tener como sustento al error.

Nos explicamos.

El supuesto del artículo 1268 del Código Civil -bajo análisis- no es otro que el del pago efectuado por un tercero mediando error.

En la hipótesis de este precepto legal, quien recibe el pago indebido es acreedor, es quien tiene legítimo derecho a un crédito, no obstante lo cual, el pago es indebido porque quien lo efectúa es persona distinta al deudor y obra por error, es decir, no paga por o en nombre del deudor, sino por considerarse equivocadamente obligado al pago.

Ahora bien, si quien recibe el pago indebido es **accipiens**, éste obrará de buena fe cuando equivocadamente crea que quien

---

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Volumen XI, Tomo II, Página 28.
(9) En este sentido, precisa Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 29.): "si yo, confiando en que la declaración del oferente corresponde a su voluntad, celebro el contrato, es indiferente si hay o no dicha correspondencia, pues el contrato se habrá celebrado, según la teoría de la confianza, porque yo creí en la declaración del oferente, cualquiera que, en realidad, haya sido la correspondencia de esta declaración con su voluntad."

paga lo hacía por cuenta de su crédito, pese a que en la realidad de los hechos tal creencia es errónea.

Dentro de tal orden de ideas, es preciso analizar cuándo se configura el deterioro o extinción del derecho de crédito del acreedor, a que se ha hecho referencia.

Dicho deterioro o extinción se presenta cuando quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese:

a) Inutilizado el título.

En primer término, esta hipótesis se plantea cuando la obligación conste en títulos valores y el acreedor, creyendo que el pago se realizaba de manera legítima, hubiese devuelto o destruido el título valor.

Pero también, entre los diversos significados de la palabra "título", encontramos que ésta alude al documento que prueba la existencia de una obligación.

Los principales títulos con los que se demuestra la existencia de una obligación son, entre otros, los siguientes: el documento privado en el que consta el contrato o acto unilateral, la minuta y la escritura pública.

En este sentido, el Código se refiere, además, a que el acreedor de buena fe inutilice el documento en el que consta la obligación.

En efecto, cuando el Código Civil emplea la expresión "hubiese inutilizado el título", comprende a los títulos valores, pero no restringe el alcance del término "título" únicamente a esos supuestos.

Bien podría ocurrir que el título estuviera constituido por un documento que el acreedor tiene en un solo ejemplar, o por una minuta cuyo único ejemplar está en poder del acreedor, que éste, al recibir el pago de buena fe, los

destruye. En estos casos, el acreedor no estaría obligado a restituir a quien pagó de manera indebida. Este último sólo podría accionar contra el verdadero deudor.

Resulta claro, entonces, que quien pagó indebidamente podría recurrir, para exigirle la restitución al verdadero deudor, a todos los medios probatorios que le franquea la ley [10].

Por lo demás, si el título que se hubiese inutilizado fuese el testimonio o la copia simple de una escritura pública, no sería de aplicación el precepto, por cuanto el acreedor podría fácilmente obtener otro ejemplar, ya que el instrumento original se encontraría extendido en el Registro de Escrituras Públicas de la Notaría en que dicho título se hubiese tramitado.

b) Limitado las garantías de su derecho.

En lo que respecta a la limitación de las garantías reales

---

(10) Recuérdese que entre los medios probatorios típicos y atípicos contemplados por el Código Procesal Civil, se encuentran los previstos por los artículos 192 y 193 del citado cuerpo legal, cuyos textos son los siguientes:
"Son medios de prueba típicos:
1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial."
"Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga."
Cabe observar que en el caso propuesto podría exigirse la exhibición de los documentos que se relacionen directamente con el proceso o que pertenezcan a la otra parte de la relación procesal, a un tercero, a una persona jurídica o a un comerciante.
El incumplimiento de la exhibición -conforme lo establece el artículo 261 del Código Procesal Civil- será apreciado por el juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa y de determinar la responsabilidad a que hubiere lugar.

o personales, debemos señalar que el Código Civil vigente prevé, en este caso, la hipótesis de un envilecimiento de garantías, que las restringe y que, por tanto, obliga a quien pagó indebidamente a actuar contra el verdadero deudor.

Este envilecimiento podría producirse cuando -por ejemplo- la garantía del derecho del acreedor consistiera en una hipoteca y en una fianza. Si el acreedor de buena fe, al recibir el pago, otorga una escritura pública de cancelación de hipoteca, pero mantiene vigente la fianza, estaría sin duda limitando las garantías de su derecho y, por tanto, sería de aplicación el precepto bajo comentario.

Asimismo, esta hipótesis podría presentarse cuando las garantías que aseguraban el derecho del acreedor no se extinguen, sino se reducen.

En efecto, debe entenderse que la limitación de las garantías aludidas por el precepto bajo análisis también se refiere a una reducción en su monto o cuantía.

La ley civil peruana prevé la reducción de la prenda y de la hipoteca en los artículos 1083, 1115 y 1116, respectivamente.

Mediante una norma de remisión -el artículo 1083-, nuestro Código Civil dispone que la reducción de la prenda se regula por los preceptos que rigen la reducción de la hipoteca.

El artículo 1115 del Código Civil, relativo a la reducción de la hipoteca, estatuye:

"El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.- La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro."

En tanto que el artículo 1116 del Código Civil, referente a la reducción judicial de la hipoteca, dispone:

"El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente."

Ahora bien, cabe preguntarse si la limitación de las garantías a que hace alusión el artículo 1268 -bajo comentario- podría referirse, además, a su extensión.

En opinión nuestra, la limitación de las garantías debe interpretarse no sólo como reducción en cuanto a su monto o cuantía, sino también como restricción en cuanto a su extensión.

Precisa recordarse que la prenda -según lo dispuesto por el artículo 1057 del Código Civil- se extiende a todos los accesorios del bien mueble, mientras que los frutos y aumentos del bien pignorado pertenecen al propietario, salvo pacto en contrario.

Asimismo, la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto. Ello en virtud a lo prescrito por el artículo 1101 del Código Civil.

La fianza, por su parte, puede o no limitarse al pago de la obligación, a sus accesorios, y a las costas del juicio contra el fiador, según el artículo 1878 del citado cuerpo legal.

c) Cancelado las garantías de su derecho.

Este supuesto es aquel en el cual el acreedor, creyendo que se le pagaba un crédito legítimo, hubiese extinguido todas las garantías de su derecho.

Al respecto, cabe señalar que, si la garantía que aseguraba el pago de la obligación fuese una real -esto es una prenda, hipoteca, anticresis o un derecho de reten-

ción-, ésta se extinguiría ante el pago de dicha obligación [11].

Ahora bien, si la garantía que aseguraba el crédito fuese una de carácter personal, esta hipótesis podría configurarse con la extinción de la fianza por acaecer lo previsto en los artículos 1898, 1899 y 1900 [12].

d) Dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor.

La evidencia de esta hipótesis es obvia, por cuanto si el acreedor cree en forma errónea pero de buena fe que ha sido pagado debidamente, no haría valer su derecho de crédito contra el verdadero deudor por considerarlo satisfecho.

---

(11) El inciso 1 del artículo 1090 del Código Civil establece que la prenda se acaba por la extinción de la obligación que garantiza.
En el mismo sentido, el inciso 1 del artículo 1122 del Código Civil estatuye que la hipoteca se acaba por extinción de la obligación que garantiza.
En cuanto a las causales de extinción de la anticresis, debemos precisar que, por ser de aplicación las reglas establecidas para la prenda, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1096 del Código Civil, resulta que aquélla se acaba por extinción de la obligación principal.
El artículo 1126 del Código Civil, relativo a la extinción del derecho de retención, prescribe: "La retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza."

(12) El artículo 1898 del Código Civil establece: "El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o abandona la acción iniciada."
El artículo 1899 del Código Civil prescribe: "Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación."
En tanto que el artículo 1900 del citado cuerpo legal estatuye: "Queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción."

No obstante ello, cuando el **accipiens** de buena fe hubiese dejado prescribir su acción contra el verdadero deudor, cabe preguntarnos si quien pagó indebidamente asume, por su error, la pérdida de la prestación.

Si quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor, quien pagó indebidamente podría aún dirigirse contra este último, pues la acción sólo se extinguiría en caso de que ese verdadero deudor invocara el beneficio de la prescripción, generada por el transcurso del tiempo, respecto a la acción que correspondía a su acreedor.

De este modo, quien paga indebidamente podría accionar contra el verdadero deudor -o sus garantes, de ser el caso-, en tanto que no se invocara el beneficio de la prescripción.

Queremos insistir en este extremo, toda vez que podría incurrirse en interpretaciones erradas si se considerara que el artículo 1268 del Código Civil otorga una prórroga a la prescripción de la acción que corresponde al verdadero acreedor contra el verdadero deudor, en favor de quien pagó indebidamente.

Ello no es así.

Quien paga indebidamente podrá dirigirse contra el verdadero deudor, a través de la acción que asistía al derecho de crédito del **accipiens**, siempre que la misma no hubiera prescrito.

El Código Civil de 1936 era lo necesariamente claro al respecto, cuando disponía en el artículo 1281: "...El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva."

En consecuencia, a diferencia de las otras hipótesis pre-

vistas por el artículo 1268 bajo análisis, quien pagó indebidamente asumiría la pérdida de la prestación, en caso de que el verdadero deudor planteara la excepción de prescripción, sancionándose de este modo su **turpitude**.

Por otra parte, el artículo 1268 del Código Civil es un supuesto de excepción, toda vez que -por lo general- quien recibe un pago indebido actúa de mala fe. Así, el ámbito de aplicación de la norma es reducido, pues sólo abarca los casos en que quien se beneficia con el pago indebido haya actuado de buena fe.

Es claro, sin embargo, que el acreedor que hubiese recibido el pago indebido podría verse obligado a la restitución aun cuando hubiese obrado de buena fe.

Obsérvese que los supuestos de hecho de la norma bajo análisis requieren no sólo de la buena fe del **accipiens**, sino también que éste haya deteriorado su posibilidad de cobrar o haya dejado extinguir su acción para hacer efectiva la acreencia, al proceder de alguno de los modos previstos por el precepto.

Por tanto, el acreedor que no inutilice el título, o no límite o cancele las garantías de su derecho, o no deje prescribir la acción contra el verdadero deudor, se encontrará obligado a la restitución, no obstante haber recibido el pago indebido de buena fe.

De esta manera, quien paga indebidamente podría exigir la restitución correspondiente al acreedor de buena fe, por cuanto el artículo 1268 del Código Civil no sería de aplicación.

Coincidimos plenamente con la solución adoptada por el Código Civil, pues la misma se ajusta a la equidad.

En efecto, si quien recibe el pago indebido de buena fe deteriora su posibilidad de cobrar o deja extinguir, por prescripción, la acción para exigir el pago de su crédito, en caso de ser obligado a restituir lo que recibió indebidamente se encontraría ante una situación a todas luces injusta: de buena fe habría desprotegido su

acreencia o su acción se habría extinguido contra el verdadero deudor, por prescripción, mientras que éste se habría beneficiado patrimonialmente a expensas del error de un tercero, a quien corresponde, sin duda, asumir las consecuencias de ese error.

De allí el tenor del artículo 1268 del Código Civil: "...El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor."

Manresa, citado por Manuel Borja Soriano [13], afirma que la equidad exige -en este caso- que no se obligue a quien realizó el cobro, pues de otro modo saldría perjudicado o perdiendo en lo relativo al crédito que inutilizó. Por virtud de dicha exención, el pagador sólo tendrá acción para reclamar la restitución contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción del crédito que correspondía al que cobró no hubiese prescrito.

Sobre el tema, Planiol y Ripert [14] anotan que la ley establece en favor del acreedor de buena fe que hubiese destruido el título o dejado prescribir su acción, una disposición de equidad a fin de evitar que éste asuma las consecuencias del error cometido por otra persona.

Añaden los autores citados que, si se concediese la acción de repetición en su contra, podría encontrarse, con posterioridad, imposibilitado para probar su crédito contra su verdadero deudor. En consecuencia, la ley lo autoriza a conservar lo que haya recibido y obliga al tercero que pagó a recurrir contra el deudor.

Antes de concluir el análisis del artículo 1268, estimamos necesario efectuar una precisión final.

En todos los supuestos de pago indebido anotados en nues-

---

(13) BORJA SORIANO, Manuel. Teoría de las Obligaciones. México. Editorial Porrúa S.A., 1994, Página 329.

(14) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 524.

tros comentarios al artículo 1267 del Código Civil, quien recibe el pago indebido podría actuar de buena fe, esto es, en la creencia de que se está pagando lo que se le debe. Sin embargo, no todos esos supuestos podrían ser incorporados a las hipótesis previstas por el artículo 1268, ya que, en estos casos, quien paga debe ser un tercero y quien recibe el pago un verdadero acreedor; de otro modo, no resultaría de aplicación la última parte del precepto, cuando dispone que quien pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1268.***

Artículo 1268.- "Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los garantes respecto de los cuales la acción no hubiese prescrito. El verdadero deudor o, en su caso, los garantes podrán oponer la excepción correspondiente a quien pagó indebidamente, si la acción que concernía al acreedor de buena fe ya hubiera prescrito."

- ***Fundamento.***

Consideramos que, de efectuarse los agregados sugeridos, se le otorgaría indudable nitidez al precepto bajo comentario, cuya parte final precisa de claridad.

- ***Concordancias nacionales.***

Pago antes del vencimiento del plazo suspensivo, artículo 180 del Código Civil / Pago indebido, definición, artículo 1267 del Código Civil / Excepción a la obligación de restituir, artículo 1275 del Código Civil.

- **PAGO INDEBIDO EFECTUADO A PERSONA QUE PROCEDIO CON MALA FE. EFECTOS.**

Artículo 1269.- "*El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.*

Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1269.***

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas,* Ley 37, Título XIV, Partida Quinta, establecía que **"Si la cosa que pagasse alguno, como non deuía, fuesse de tal natura, que diesse fruto de sí, deue ser tornada, con los frutos que lleuo della aquel a quien la pago."** Y agregaba que **"E si quando la rescebio en paga, o despues, ouo mala fe en recebirla,**

seyendo sabidor que la non deuía auer; estonce, quier la perdiesse, o la vendiesse, tenudo es de pechar por ella, el derecho precio que pudiera valer, a bien vista del Judgador."

Este artículo, sin embargo, no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*.

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, fue el primer cuerpo legislativo que abordó el tema en el Perú; lo hacía en su artículo 1272: "El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.- Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.- No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó."

El *Código Civil de 1936* regía la materia en su artículo 1283: "El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.- Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.- No se prestará el caso fortuito, cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó."

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 punto en su artículo 134: "El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.- Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.- No se prestará el caso fortuito, cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 124: "El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés no previsto contractualmente cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que debió percibir, cuando la cosa recibida los produjo o debió producirlos, desde la fecha del pago indebido.- Además, responderá de la pérdida o deterioro que la cosa hubiese sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen a quien la entregó, hasta que la recobre.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que la causa no imputable hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa, hallándose en poder de quien la entregó."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el artículo 1287: "El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés oficial cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que debió percibir, cuando la cosa recibida los produjo o debió producirlos, desde la fecha del pago indebido.- Además, responderá de la pérdida o deterioro que la cosa hubiese sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen a quien la entregó, hasta que la recobre.- Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que la causa no imputable hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa, hallándose en poder de quien la entregó."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, trató el tema en el numeral 1236: "El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjera, desde la fecha del pago indebido.- Además, responde de la pérdida o deterioro

que haya sufrido la cosa por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien la entregó, hasta que la recobre.- Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado a la cosa del mismo modo si hubiera estado en poder de quien la entregó."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1269 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 804), Venezolano de 1942 (artículo 1131, primer y segundo párrafos), Chileno (artículo 2360), Español (artículo 1896) y Argentino (artículos 788 y 789).

– *Análisis.*

Al abordar el tema del pago indebido, el Código Civil Peruano de 1984 ha seguido una estructura lógica y original, en la medida que en la primera de sus normas, el artículo 1267, legisla sobre la acción de restitución ante el supuesto de pago indebido; luego, en los artículos 1268, 1271 y 1272, regula los casos en los cuales quien recibe el pago indebido hubiera actuado con buena fe; en tanto que en los numerales 1269 y 1270, se refiere a supuestos en los cuales el pago indebido hubiera sido efectuado a persona que procedió con mala fe.

En lo relativo al artículo 1269 del Código Civil -bajo análisis-, debemos manifestar que el mismo recoge el supuesto en el cual el pago indebido haya sido recibido por una persona que actuó de mala fe, es decir, con conocimiento de que aquel que efectuaba el pago lo hacía indebidamente, por encontrarse en cualquiera de los casos anotados al estudiar el artículo 1267 del citado cuerpo legal.

En tal sentido, consideramos que los supuestos más frecuentes, en lo que respecta al pago indebido, serán, precisamente, aquellos en los cuales quienes los reciban actúen de mala fe.

De ahí la importancia del numeral 1269 del Código Civil, dada la pluralidad de hipótesis que comprende el precepto.

Justamente el hecho de haber actuado de mala fe al recibir el pago indebido determinará que el **accipiens** se vea obligado, posteriormente, a asumir una serie de consecuencias gravosas, que el Derecho estima equitativas.

Debemos señalar, además, que quien actúa de mala fe lo hará, casi invariablemente, con el propósito de aprovecharse del error de quien estaba dispuesto a efectuar tal pago y, obviamente, con el ánimo de apoderarse de aquello que indebidamente recibe.

En tal sentido, las consecuencias que se derivan para quien acepta un pago indebido de mala fe son las que se desarrollan a continuación.

(a) *Intereses legales.*

En el caso del pago indebido, quien recibe el bien de mala fe estará en aptitud de usarlo (siendo indiferente si lo usa o no). Tal aptitud anula la posibilidad de su utilización por quien pagó indebidamente. Por tal motivo, la ley civil peruana establece en el artículo bajo comentario que quien recibe un bien de manera indebida debe intereses legales.

Cabe señalar que la norma precisa que el devengamiento de dichos intereses legales se producirá sólo cuando sea un capital el bien sobre el cual verse el pago indebido.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que oportunamente efectuamos respecto a los intereses legales[1].

---

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo VI, Páginas 11 y siguientes.

(b) *Frutos naturales e industriales.*

En caso de no tratarse de frutos civiles (intereses), la ley se refiere, necesariamente, a los frutos en sentido amplio, comprendiendo en ellos tanto a los naturales como a los industriales, los mismos que también se deberán en caso de que el bien pagado indebidamente no consista en capitales.

Cabe recordar en este punto que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 891 del Código Civil Peruano, son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana, y frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana.

(c) *Daños y perjuicios.*

Aunque el Código Civil Peruano sólo hace referencia a los perjuicios irrogados a quien entregó indebidamente el bien, consideramos que este término no debe ser interpretado de modo restringido, pues la denominación genérica de perjuicios también incorpora a los daños.

Por otra parte, debemos precisar que, cuando el bien objeto del pago indebido no esté constituido por capitales o bienes productivos, no habría lugar a la devolución de intereses legales, ni de frutos; sin embargo, en virtud a la mala fe de quien recibió el pago indebido, éste se encontraría obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

(d) *Pérdida o deterioro del bien.*

Cuando efectuamos el análisis de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, relativos a la pérdida y deterioro de los bienes ciertos, estudiamos los alcances de estos conceptos. Remitimos al lector, por tanto, a los textos correspondientes.

Aclaramos, sin embargo, que el sentido del principio establecido por el segundo párrafo del artículo 1269 -bajo comentario- es nítido, ya que quien posee el bien lo hace de manera

indebida, de modo tal que los riesgos sobre el mismo los asume en su integridad. Conviene aquí advertir que quien posee indebidamente responderá por la pérdida o deterioro ocasionados por causas ajenas a su accionar, incluyendo el caso fortuito o de fuerza mayor o la simple ausencia de culpa. Esto tan sólo constituye una derivación natural del carácter de la posesión adquirida por un pago indebido aceptado de mala fe.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 1269 se establece que quien recibió el pago indebidamente podrá liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo que si hubiera estado en poder de quien lo entregó.

La razón de este dispositivo es lógica, ya que habiéndose producido o no el pago indebido, el evento dañoso igualmente hubiera afectado al bien [2].

Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega indebidamente una casa y ésta se destruye como consecuencia de un movimiento sísmico. Aquí la restitución se limitaría al terreno, más la indemnización por los daños y perjuicios derivados del uso indebido del inmueble hasta que éste se destruyó, pero no a la restitución de daños y perjuicios por el valor de la edificación.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1269.***

Artículo 1269.- "El que acepta un pago indebido, si ha pro-

(2) Solución similar prevé el Código Civil en el artículo 1336: "El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente."

cedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.

Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los daños y perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó."

– *Fundamento.*

El agregado propuesto obedece a que, más allá de la intención del artículo vigente de entender dentro del término "perjuicios" a los daños y perjuicios, él resulta razonable para evitar eventuales interpretaciones equívocas.

– *Concordancias nacionales.*

Frutos, artículo 890 del Código Civil / Pérdida del bien, artículo 1137 del Código Civil / Interés legal, artículo 1244 del Código Civil.

– SUPUESTOS DE ENAJENACION POR QUIEN ACEPTA UN PAGO INDEBIDO DE MALA FE.

Artículo 1270.- "*Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.*

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe."

– *Fuentes nacionales del artículo 1270.*

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

elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; en el *Código Civil de 1936*; ni en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, trató el tema en su artículo 125: "Si el que acepta un pago indebido de mala fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera mala fe, quien efectuó el pago podrá exigir su restitución y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.- En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso, pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios-. Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el numeral 1288: "Si el que acepta un pago indebido de mala fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera mala fe, quien efectuó el pago podrá exigir su restitución y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.- En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso, pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.- Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, regulaba la materia en el artículo 1237: "Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena la cosa a un tercero que

también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución y, solidariamente, a ambos la indemnización de daños y perjuicios.- En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.- Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

El artículo 1270 del Código Civil Peruano concuerda con el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 969, incisos 1 y 2).

– *Análisis.*

Es claro que el pago indebido constituye causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado.

No obstante, cuando la ley civil peruana otorga a quien paga indebidamente el derecho a exigir la restitución de lo pagado, cabe preguntarse ante quién debe interponer la correspondiente acción de restitución.

La respuesta no es una sola, toda vez que pueden ser distintas las personas obligadas a restituir, según se verá seguidamente.

Cuando se paga por error a una persona que recibe el pago de buena fe y ésta deteriora su posibilidad de cobrarle al verdadero deudor por practicar alguna de las conductas previstas en el artículo 1268 del Código Civil, quien paga indebidamente podrá exigir la restitución al verdadero deudor, salvo que -por haber

prescrito la acción que asistía al derecho de crédito del **accipiens**- aquél opusiese el beneficio de la prescripción [1].

En tanto que si se paga de manera indebida a una persona que lo acepta de buena fe, esto es, en la errónea creencia de que el pago lo efectuaba quien lo debía, sin que se presente ninguno de los presupuestos previstos por el citado artículo 1268 del Código Civil, la acción de restitución deberá dirigirse contra el **accipiens**.

Regla similar se aplica cuando se paga indebidamente a persona que procede de mala fe, pues en estos casos siempre puede exigirse la restitución a quien aceptó tal pago.

Sin embargo, si quien acepta un pago indebido de mala fe hubiese enajenado el bien, surge una nueva interrogante: ¿contra quién debe dirigir su acción el que pagó indebidamente?

El artículo 1270 del Código Civil Peruano de 1984, bajo comentario, prevé los supuestos de enajenación de lo pagado indebidamente por quien aceptó dicho pago de mala fe [2].

En tal sentido, vamos a analizar cada una de las hipótesis que plantea el precepto.

- Primer Supuesto.

El primer supuesto que establece el artículo 1270, en su parágrafo primero, es el de una enajenación a título oneroso en la

---

(1) Recuérdese que si el verdadero deudor deduce la excepción de prescripción, quien paga indebidamente asume la pérdida de la prestación.

(2) Precisa anotarse que no todo pago indebido se realiza a título de enajenación. Si bien el artículo 1270 del Código Civil se refiere únicamente a los supuestos de enajenación del bien, ello no significa que todo pago indebido suponga transmisión de propiedad.

que el tercero también obra de mala fe. En esta hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero, el mismo que también actúa de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien paga indebidamente puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe.

Adicionalmente, el **solvens** puede exigir indemnización de daños y perjuicios a quien aceptó el pago indebido de mala fe, al tercero adquirente de mala fe, o a ambos solidariamente.

Cabe señalar que la responsabilidad solidaria que establece el precepto analizado, relativa a la indemnización por los daños y perjuicios que se irroguen, debe entenderse conforme a los principios previstos por el Código Civil respecto a la solidaridad, analizados por nosotros al tratar la materia [3].

- Segundo Supuesto.

El primer párrafo del artículo 1270 del Código Civil prevé una hipótesis adicional: el caso de una enajenación a título gratuito por quien recibe el pago indebido de mala fe, a un tercero que actúa igualmente de mala fe.

Obsérvese que dicho párrafo no restringe las consecuencias allí previstas a la onerosidad o gratuidad de la enajenación del bien recibido de mala fe. De este modo, en ambos casos se aplican plenamente las consecuencias del precepto.

---

(3) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 37 a 452.

En tal sentido, el segundo supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 1270 del Código Civil presentaría los elementos anotados en los literales (a) y (b) del primer supuesto, con la diferencia de la gratuidad como tercer elemento, pero sin que ésta en nada altere las consecuencias jurídicas que serían idénticas en ambos casos.

Por tanto, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe.

Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios irrogados a quien recibió el pago indebido de mala fe, a dicho tercero adquirente a título gratuito, o a ambos solidariamente.

- Tercer Supuesto.

El tercer supuesto de enajenación se halla previsto en el parágrafo segundo del artículo 1270 del Código Civil.

En este supuesto se identifican los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero que actúa de buena fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, la ley civil peruana protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, reconociéndole un derecho de propiedad firme sobre el bien.

En consecuencia, quien pagó indebidamente no podrá exigir la restitución del bien. Unicamente podrá accionar contra quien aceptó el pago indebido de mala fe a fin de exigir su valor, más la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso.

- Cuarto Supuesto.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1270 del Código Civil establece el cuarto supuesto de enajenación del bien recibido de mala fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que obra de buena fe.

(c) La enajenación se realiza a título gratuito.

En este caso, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de buena fe.

Esta norma se fundamenta en claras consideraciones de equidad. El tercero adquiere el bien a título gratuito, vale decir, sin contraprestación, esto es, sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno, en tanto que quien efectuó el pago indebido se halla despojado sin causa de un bien que legítimamente le pertenecía, aun cuando esta situación se haya originado con base en su propia **turpitude**.

Debemos notar, además, sobre la indemnización de daños y perjuicios, que conforme lo estatuye el artículo 1270 del Código Civil **in fine** "...sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe."

Son estos, pues, los cuatro supuestos de enajenación del bien -objeto del pago indebido- por quien aceptó dicho pago de mala fe, previstos por el artículo 1270 del Código Civil.

El precepto bajo comentario, al igual que otras normas del capítulo respectivo, resultan creación del Código Civil de 1984. En

ellas el legislador ha tratado de ser lo más minucioso posible al contemplar los supuestos de pago indebido que acabamos de estudiar.

Sin embargo, el sistema adoptado por el Código no pretende constituirse en un reglamento de todas las hipótesis susceptibles de presentarse en la realidad de los hechos.

Por ello, al analizar su contenido, también debemos referirnos a otros casos cuya solución se puede derivar lógicamente de los sólidos principios de equidad que inspiran al artículo 1270.

- Eventualidad de sucesivas transferencias.

Dentro de tal orden de ideas, resulta de interés preguntarse si ante sucesivas transferencias del bien, quien pagó indebidamente puede igualmente exigir su restitución.

En opinión nuestra, si el tercero al que se refiere el Código hubiese enajenado el bien objeto del pago indebido en favor de otro adquirente(4), quien efectuó tal pago indebido podría exigir la restitución del bien, siempre que la enajenación se hubiera efectuado a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe, o a título gratuito y de buena fe, de acuerdo con las consideraciones que hemos anotado al referirnos a enajenaciones de iguales características.

Aun cuando el artículo 1270 del Código Civil no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido, estimamos que sus principios resultan de aplicación a cuantas transferencias pudieran verificarse.

De este modo, quien pagó indebidamente podría dirigirse contra el último adquirente del bien -si fuera el caso-, teniendo en

---

(4) Se considera que la enajenación se efectúa en beneficio de un adquirente, a quien denominamos "otro adquirente". Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se presenten sucesivas enajenaciones y estemos en presencia, por tanto, de sucesivos adquirentes.

consideración, por un lado, la gratuidad u onerosidad de la enajenación y, de otro, la buena o mala fe, no sólo del adquirente, sino también del enajenante.

En tal sentido, si la onerosidad y la mala fe se encuentran presentes en toda la cadena de sucesivas transferencias, no cabe duda de que quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra el último adquirente del bien, en virtud de su mala fe y no obstante la onerosidad de su adquisición.

Con igual razón, quien efectuó un pago indebido podrá interponer acción de restitución contra el último adquirente del bien, cuando la gratuidad y la mala fe o la buena fe se hallen presentes no sólo en la cadena de las sucesivas enajenaciones, sino también en la adquisición de derechos por este último.

Pero, cuando en dicha cadena alguna o algunas de las adquisiciones se producen de buena fe, y otra u otras de mala fe, debe analizarse cada transferencia, así como su onerosidad o gratuidad, a fin de determinar quién es el obligado a la restitución del bien o, en su caso, a la devolución de su valor.

En lo relativo a la indemnización por los daños y perjuicios, consideramos que quienes reciban el pago indebido de mala fe y quienes adquieran el bien -objeto de dicho pago- a título oneroso o gratuito pero de mala fe, se encontrarán obligados de manera solidaria al pago de la correspondiente indemnización.

– *Concordancias nacionales.*

Pago indebido recibido de mala fe, artículo 1269 del Código Civil / Frutos, artículo 910 del Código Civil.

– RESTITUCION DE FRUTOS E INTERESES POR QUIEN RECIBE UN PAGO INDEBIDO DE BUENA FE.

Artículo 1271.- "*El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1271.*

El artículo 1271 del Código de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926.*

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936*, trataba el tema en su artículo 1273: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiese enajenado restituirá el precio, o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pa-

sado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."; mientras el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el numeral 1284: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiere enajenado restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."

Por otra parte, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se ocupaba de la materia en el numeral 135: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 126: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responderá de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1289: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responderá de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1238: "El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1271 del Código Civil Peruano, el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 961, segundo párrafo), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2460), el Código Civil Español (artículo 1897), el Código Civil Brasileño (artículo 966) y el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 967), el cual establece que quien recibió lo indebido debe también los respectivos frutos e intereses desde el día del pago, si procedió de mala fe, y desde el día de la demanda, si procedió de buena fe.

– *Análisis.*

La restitución, sin duda, constituye el principal efecto del pago indebido.

Esta es la regla, pues la repetición de lo indebido es una aplicación particular del principio general según el cual nadie debe enriquecerse injustamente a costa de tercero.

Sin embargo, la ley civil peruana prescribe consecuencias adicionales a dicho efecto.

El artículo 1271 del Código Civil Peruano -bajo comentario- establece los efectos del pago indebido verificado en favor de una persona que procedió con buena fe, disponiendo no sólo la restitución, sino el pago de intereses o de frutos, e incluso el del valor del bien, en caso de pérdida o deterioro, siempre que por tales hechos se hubiese enriquecido.

En adelante, analizaremos cada una de estas consecuencias.

(a) Intereses.

Es claro que los intereses a que se refiere el precepto bajo análisis son los legales de naturaleza compensatoria, que se devengan cuando el objeto del pago indebido consiste en capitales.

Obsérvese que el Código Civil establece la diferencia -en el texto del artículo 1271- entre los intereses y los frutos, reconociendo la autonomía que de suyo corresponde a aquéllos.

(b) Frutos.

En cuanto a los frutos, conviene precisar que el Código Civil otorga un tratamiento propio a quien de buena fe recibe el pago indebido, disponiendo que el **accipiens** sólo se encuentra obligado a restituir los frutos realmente percibidos [1].

El fundamento del precepto en lo relativo a los frutos, tiene como base la regla general de que estos pertenecen al propietario, productor y titular del derecho [2].

Resulta evidente que ante la desposesión que supone un pago indebido, mientras no se recupere el bien, el propietario del mismo -quien pagó indebidamente- no percibirá fruto alguno. Por ello, la ley civil peruana ha dispuesto no sólo la restitución del bien, sino también la de los frutos.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el artículo 1271 del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo legal, según el cual "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos."

En efecto, quien acepta un pago indebido de buena fe se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos durante el tiempo en que poseyó el bien, no obstante su buena fe.

Esto es así por la posesión ilegítima de quien aceptó dicho

---

(1) Debe recordarse que ante un pago indebido recibido de mala fe, el Código Civil prevé una obligación más gravosa. Quien acepta tal pago, conforme lo establece el artículo 1269 del Código Civil, se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos o que debió percibir -vale decir, aunque no los hubiese percibido-, cuando el bien los produjera.

(2) El artículo 892 del Código Civil establece que "Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan."

pago. Adviértase, sin embargo, que dicha posesión se sustenta únicamente en un pago indebido.

Conviene mencionar, además, que sobre la base de lo prescrito por el artículo 895 del Código Civil [3], cuando la norma bajo análisis hace referencia a los frutos, se entiende comprendidos en ellos a los productos, de suerte que, además de los frutos propiamente dichos, los provechos renovables y no renovables de un bien también son objeto de la restitución.

Por otra parte, cuando el bien objeto del pago indebido no consista en capitales o bienes productivos, el precepto, en cuanto a intereses y frutos se refiere, no resultaría aplicable, de modo que quien hubiese aceptado un pago indebido de buena fe sólo respondería por la pérdida o deterioro del bien siempre que se hubiese enriquecido por estos hechos.

(c) Responsabilidad por la pérdida o deterioro del bien. Alcances.

Conforme al artículo 1271 del Código Civil, quien acepta un pago indebido de buena fe responde de la pérdida o deterioro del bien "en cuanto por ellos se hubiese enriquecido", esto es, en tanto tal pérdida o deterioro pudiera haberle significado un incremento patrimonial [4].

Este beneficio podría configurarse, por ejemplo, cuando el bien objeto del pago indebido se encontrase asegurado y quien aceptó dicho pago recibiera por concepto de su pérdida o deterioro una indemnización; o cuando quien recibe un pago indebido pudiese subrogarse contra tercero para exigir-

---

(3) **Artículo 895**.- "Las disposiciones sobre frutos comprenden los productos si ellas no los excluyen expresamente."

(4) A pesar de ser de una lógica evidente, conviene precisar que cuando la parte final del precepto señala "en cuanto por ellos se hubiese enriquecido", se refiere únicamente a la pérdida o deterioro del bien. La restitución de los intereses o frutos percibidos no está sujeta a restricción alguna, pues aquí el enriquecimiento es obvio.

le, por la pérdida o deterioro del bien, el pago de una reparación [5].

La última cuestión, a modo de comentario final al artículo 1271 del Código Civil, es la relativa al ámbito de su aplicabilidad.

Es claro que si un verdadero acreedor, actuando de buena fe, recibe el pago indebido de un tercero y, a través de alguna de las conductas previstas por el artículo 1268, deteriora o deja extinguir su acción contra el verdadero deudor, el precepto analizado, esto es, el artículo 1271 del Código Civil, no le sería aplicable. En tal caso, quien pagó indebidamente sólo estaría en aptitud de accionar contra el verdadero deudor o sus garantes, y si la acción del acreedor contra ese verdadero deudor o sus garantes hubiera prescrito, éstos podrían oponer la excepción de prescripción correspondiente.

Situación distinta se configuraría si quien recibe de un tercero el pago indebido con buena fe, siendo titular de una acreencia, no incurre, a través de su conducta, en alguno de los supuestos previstos por el citado artículo 1268. En este caso, el artículo 1271 del Código Civil tendría aplicación plena.

Y la misma regla anotada en el parágrafo anterior operaría en la hipótesis de quien recibe el pago indebido de buena fe sin ser titular de derecho alguno por esa prestación contra tercero, es decir, careciendo de una acreencia que, por error, le fue pagada.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1271.*

El tema regulado por el artículo 1271 del Código Civil vigente, registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

---

(5) La pérdida o deterioro del bien puede obedecer a diversas causas. El bien podría perderse o deteriorarse por culpa o sin culpa, pudiendo presentarse, en esta última hipótesis, un caso fortuito o de fuerza mayor o, simplemente, una ausencia de culpa, si se hubiera actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

I.- "El que de buena fe ha aceptado un pago indebido, sólo está obligado a restituir el capital, sin intereses." Ejecutoria del 12 de noviembre de 1875. Anales Judiciales, Página 252. (Artículo 1284 del Código Civil de 1936).

II.- "La equidad modifica el rigor de los efectos del pago indebido." Ejecutoria del 6 de agosto de 1915. Anales Judiciales, Página 92. (Artículo 1284 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Frutos, artículo 890 del Código Civil / Pérdida del bien, artículo 1137 del Código Civil / Interés compensatorio y moratorio, artículo 1242 del Código Civil/ Interés legal, artículo 1244 del Código Civil.

– **SUPUESTOS DE ENAJENACION POR QUIEN ACEPTA UN PAGO INDEBIDO DE BUENA FE.**

Artículo 1272.- "*Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.*

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1272.***

La *Ley de las Siete Partidas*, Ley 37, Título XIV, Partida Quinta, prescribía lo siguiente: **"Otrosi dezimos, que si aquel a quien fizieron la paga, vendiesse aquella cosa, o la perdiesse, si quando gela pagaron, e aun despues, ouo buena fe en recebirla, cuydando que la deuía auer; si la vendio deue tornar el precio que recibio della, al que gela pago."**

No obstante ello, este artículo no registra antecedentes en el

Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*.

El primer cuerpo normativo en abordar el tema fue el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, que lo hacía en su artículo 1273: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiese enajenado restituirá el precio, o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, regulaba la materia en su numeral 1284: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiere enajenado restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."; la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, en el artículo 135: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.- Si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente."; y el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, en el artículo 127: "Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó

de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, disponía en el artículo 1290 lo siguiente: "Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, prescribía en el artículo 1239: "Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.- Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1272 del Código Civil Peruano, el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1182), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2458) y el Código Civil Brasileño (artículo 968).

– *Análisis.*

El artículo 1272 del Código Civil contempla algunos supuestos de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe, disponiendo consecuencias diversas en razón al título de la enajenación y a la buena o mala fe del adquirente.

Son cuatro las hipótesis previstas por el precepto bajo comentario, las mismas que analizamos a continuación.

- Primer supuesto.

El parágrafo primero del artículo 1272 del Código Civil regula el primer supuesto de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe.

En esta primera hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta ese pago indebido enajena el bien a título oneroso a un tercero que también actúa de buena fe.

En este caso, quien paga de manera indebida podrá exigir la restitución del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo a quien aceptó el pago indebido de buena fe [1].

Sin duda que esta primera hipótesis, como lo hemos señalado, considera una enajenación a título oneroso. De allí que la ley civil peruana proteja al tercero adquirente de buena fe y obligue al

(1) Aqui es clara la diferencia entre la solución prevista por el segundo párrafo del artículo 1270 del Código Civil y el primer supuesto del artículo 1272, bajo comentario.
En ambos casos, el bien será irreivindicable, siempre que sea enajenado a un tercero que actúe de buena fe. No obstante, según lo prescrito por el artículo 1270 del Código Civil, el enajenante de mala fe deberá devolver el valor del bien, y conforme a lo establecido por el primer párrafo del precepto bajo análisis, el enajenante de buena fe deberá devolver el precio, o ceder la acción para hacerlo efectivo.
Debemos precisar que entre el valor del bien y el precio podrían existir diferencias, eventualmente considerables, ya que este último podría ser mayor o menor que el valor del bien.
Asimismo, la restitución del valor del bien supone una deuda de valor, en tanto que la devolución del precio se entiende referida al monto nominal estipulado en el contrato.

accipiens a la restitución del precio o a ceder la acción para hacerlo efectivo.

- Segundo supuesto.

El segundo supuesto de enajenación del bien objeto del pago indebido recibido de buena fe consiste en que tal enajenación se verifique a título gratuito en favor de un tercero que igualmente actúa de buena fe.

Si el **accipiens** de buena fe enajena el bien -a título gratuito- a un tercero que también procede de buena fe, quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra este último a fin de exigir la restitución del bien.

Adviértase que el tercero, en este caso, adquiere -aunque de buena fe- derechos sobre el bien sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno. Por ello, con arreglo a la equidad, la norma bajo comentario estatuye en su parágrafo segundo la obligación del tercero -adquirente a título gratuito- a la restitución.

En lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, cabe señalar que el tercero adquirente de buena fe y a título gratuito, no responde por los daños y perjuicios irrogados. La norma bajo análisis sanciona la obligación de resarcimiento sólo en los casos en que el tercero adquirente a título oneroso o gratuito hubiera actuado de mala fe.

- Tercer supuesto.

El tercer supuesto previsto en el artículo 1272 es el de una enajenación a título gratuito a un tercero que procede de mala fe. En esta hipótesis se presentan los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación se efectúa a título gratuito.

En este caso, quien pagó indebidamente podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe.

Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios que le hubiese irrogado dicho tercero.

- Cuarto supuesto.

El artículo 1272 del Código Civil establece un último supuesto de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien efectúa un pago indebido podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe.

Adicionalmente, el **solvens** podría demandar a dicho tercero por indemnización de daños y perjuicios.

Como se observa, el tercero y cuarto supuestos originan las mismas consecuencias jurídicas.

- Eventualidad de sucesivas transferencias.

El artículo 1272 del Código Civil -bajo comentario- no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido. No obstante ello, consideramos que sus principios serían de aplicación a cuantas transferencias se efectuaran.

De este modo, en el supuesto de sucesivas transferencias del bien, quien pagó de manera indebida podría interponer acción de restitución contra el último adquirente, siempre que la adquisición de su derecho se hubiera realizado a título gratuito y de buena fe, o a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe.

Recuérdese que el Derecho protege al adquirente a título oneroso y de buena fe. En estos casos, quien hubiese pagado indebidamente no podría exigir la restitución del bien; tan sólo tendría acción contra el enajenante, a fin de exigir el pago del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo, y si dicho enajenante hubiese procedido de mala fe, la indemnización de daños y perjuicios correspondiente [2].

– *Concordancias nacionales.*

Posesión ilegítima de buena fe, artículo 906 del Código Civil / Duración de la buena fe del poseedor, artículo 907 del Código Civil / Presunción de buena fe del poseedor, artículo 914 del Código Civil.

---

(2) En lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, quienes adquiriesen el bien objeto del pago indebido a título oneroso o gratuito, pero de mala fe, se encontrarían sujetos a la obligación de resarcimiento.

– CARGA DE LA PRUEBA DEL PAGO INDEBIDO.

Artículo 1273.- "*Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien 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 recibió.*

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

– *Fuentes nacionales del artículo 1273.*

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas,* Ley 29, Título XIV, Partida Quinta, disponía lo siguiente: **"Si aquel a quien fazen la demanda, conoce la paga, diziendo quel fecha verdaderamente, e non por 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."

Por su parte, este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, regulaba la materia en su artículo 842: "Si alguno demandase haber pagado por error, la prueba corresponde al demandante si la otra parte asegurase que la paga fue hecha legítimamente. Si el demandado negase la paga, y el actor la acreditase, será compelido a devolver lo pagado, aunque no se pruebe el error."

Por otra parte, la norma tampoco tiene antecedentes 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 el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926.*

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936* abordó el tema en su 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."; en tanto que el *Código Civil de 1936* lo hacía 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 prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió."; la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, en el artículo 133: "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 prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió."; y el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, en el artículo 128: "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En esta hipótesis, 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 recibió.- Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

Por último, la materia también fue legislada por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en su artículo 1291: "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En esta hipótesis, 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 recibió.- Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."; y por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1240: "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien 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 recibió.- Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a

quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1273 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 1891 -similar al primer párrafo del artículo 1273 del Código Peruano-), Ecuatoriano (artículo 2225), Chileno (artículo 2298), Español (artículos 1900 y 1901) y Brasileño (artículo 965).

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 839) establece que, si alguno demandase haber pagado por error, la prueba corresponde al demandante cuando la otra parte asegurase que la paga fue hecha legítimamente. Si el demandado negase la paga y el acreedor la acreditare, será compelido a devolver lo pagado, aunque no se pruebe el error.

– *Análisis.*

El artículo 1273 del Código Civil Peruano de 1984 regula la carga de la prueba en el pago indebido.

La norma bajo análisis, acogiendo el principio procesal que reza **onus probandi incumbit ei qui decit** -quien alega un hecho debe probarlo-[1], establece que la prueba del error, al igual que la del pago -situación esta última ya prevista por el artículo 1229 del Código Civil-, corresponde a quien pretende haber incurrido en él.

De este modo, quien alega haber efectuado un pago indebido deberá probar en primer lugar que ha pagado [2]. Ello podría

---

(1) El Código Procesal Civil Peruano dispone en el artículo 196 lo siguiente: "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos."

(2) Recuérdese que el artículo 1229 del Código Civil prescribe que "La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado."

acreditarse mediante un recibo o cualquier otro medio probatorio previsto por la ley procesal peruana.

Demostrado el pago, quien pretende haberlo efectuado deberá probar, además, el error con que lo hizo [3].

Fernando Vidal Ramírez [4] anota que el error debe ser probado por quien lo invoca y sólo puede hacerlo la parte que incurrió en él.

La demostración del error podría efectuarse a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley. Sin embargo, la prueba del error es ardua, pues ¿cómo probar un juicio equivocado de la mente? ¿cómo demostrar que se tuvo una creencia errónea de la realidad?

En la doctrina son pocos los autores que se pronuncian sobre el tema; no obstante, entre aquellos que lo hacen hay unanimidad en cuanto a que el error no requiere de una prueba directa de su existencia, sino de una demostración de los hechos que lo determinan [5].

---

(3) El error, según lo hemos señalado al analizar el artículo 1267 del Código Civil, es requisito **sine qua non** del pago indebido y de la acción de repetición. De allí que quien pretenda la restitución de lo pagado indebidamente deba probar su error.
Si el **solvens** no hubiese incurrido en error, dicho pago se entendería como efectuado por cuenta de un tercero o como una donación si careciera de causa que lo legitimara.
Al respecto, Arangio Ruiz (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Página 526.) anota que el error de quien paga es presupuesto esencial para la procedencia de la acción de restitución por pago indebido. Y añade que si quien paga supiese que no estaba obligado, el pago sería irrepetible por cuanto se consideraría donación.
En este sentido, Eugène Gaudemet (GAUDEMET, Eugène. Op. cit., Página 305.) expresa que "si a sabiendas se paga lo que no se debe, la prestación se reputará hecha con intención liberal, quedando por lo tanto excluida la acción de repetición."

(4) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 672.

(5) Fernando Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 672.) señala que la prueba puede recaer sobre los hechos externos que lo hayan producido.

Con opinión autorizada, Guillermo Lohmann [6] afirma que en la prueba de error no se trata de convencer al juez de la existencia de un error, sino de demostrarle primero qué es lo verdadero, válido o correcto, y sólo a continuación demostrar el error, esto es, la falta de concordancia entre lo declarado y lo verdadero.

Añade este autor que la prueba del error no debe estar enfocada a poner en evidencia el error cometido; la prueba debe orientarse a demostrar la verdad atinente a aquello que ha sido objeto de juicio equivocado. Entonces el error será la conclusión, no la premisa.

Ahora bien, sobre la base de estas consideraciones, es claro que la prueba del error corresponde al **solvens**, no obstante que el artículo 1273, bajo comentario, lo libera de dicha prueba cuando quien recibió el pago negara este hecho, es decir, el haber recibido el bien que se le reclama.

En efecto, si quien recibió el pago indebido lo niega y, por su parte, el **solvens** demuestra el pago, este último queda relevado de toda otra prueba.

En este caso, la ley civil revierte la carga de la prueba al **accipiens**, de modo que quien recibió el pago tendría que demostrar que le era debido lo que recibió.

A decir de Manresa, citado por Manuel Borja Soriano [7], quien hizo el pago no puede menos que ser obligado a la prueba del error, a menos que quien cobró negare haber recibido la cosa

---

Manuel Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Página 153.), por su parte, sostiene que la prueba del error versará, bien sobre los hechos externos que hayan inducido a él, bien sobre determinada conducta del sujeto, la cual implique que quien la observa padece el error que se alegue. Tales datos permitirán deducir si hubo o no error.

(6) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit., Páginas 450 y 451.

(7) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 327.

entregada en pago, en cuyo caso, en consideración a la mala fe que revela dicha negativa, la ley le exime de la prueba del yerro, aunque no de la certeza del pago, cuya prueba viene a destruir la negativa del demandado, dando caracteres de verdad a la reclamación.

Refiere Palacio Pimentel [8] que la ley transporta la carga de la prueba al **accipiens**, cuando él negase haber recibido lo que se reclama, esto es, el actor está eximido de demostrar el error con que procedió y el **accipiens** o demandado, si quiere liberarse de la repetición, ha de probar que el pago se hizo en virtud a una causa legítima.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el Código Civil presume -**juris tantum**- el error en algunos de los supuestos del pago indebido. Nos referimos al pago sin causa y al doble pago.

El segundo párrafo del artículo 1273 del Código Civil prescribe: "...se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada...".

En estos supuestos, la prueba del error es más compleja. De allí que la norma bajo análisis presume, admitiéndose la prueba en contrario, el error del **solvens** que cumple con una prestación que nunca debió o que ya estaba pagada.

Debemos precisar, sin embargo, que la presunción del error que atempera la situación del **solvens**, no limita el derecho de quien recibió el pago a probar que la entrega se verificó a título de liberalidad o por una obligación pendiente de pago o por cuenta de un tercero.

Por ello, el artículo 1273 del Código Civil -**in fine**- dispone que "Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

---

(8) PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Op. cit., Página 599.

Así, cuando se ejecuta una prestación que no se debía o que ya estaba pagada, la ley civil presume el error, a menos que el **accipiens** pruebe que el pago se hizo por causa legítima.

Elizabeth Galdo Marín [9] sostiene que el Código Civil de 1984, considerando que el problema de la prueba del pago, unida a la del error con que había sido hecho, era excesivo y complicado para el **solvens** que lo hubiese efectuado, establece un régimen en virtud del cual, ante ciertas circunstancias, el **solvens** se ve liberado de la prueba.

Por tanto, la ley presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, quedando abierto el camino para que el acreedor demuestre que el pago se hizo a título de liberalidad o por causa justa.

Finalmente, precisa señalarse que los términos "demandado" y "demandante", que se emplean en el texto del precepto bajo análisis, no son los idóneos, pues constituyen expresiones propias de la ley procesal.

En tal sentido, estimamos que revestiría mayor propiedad hablar de "quien recibió el pago" y "quien pagó", respectivamente, pues no siempre se confrontará un proceso judicial.

Una última anotación. El Código anterior, de 1936, iniciaba el precepto correlativo al artículo 1273, que estamos comentando, con la oración "La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado." Pero esta regla general sobre la prueba del pago no constituía, sin duda, una norma privativa del pago indebido. Por ello su ubicación era, a todas luces, impropia.

Lo expuesto determinó que el legislador de 1984 consignara

---

(9) GALDO MARIN, Elizabeth. El Denominado Pago Indebido en el Código Civil de 1984. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil, sustentada en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, Página 232.

el precepto transcrito, prácticamente sin modificar su texto, en el artículo 1229, en la parte referente a las disposiciones generales sobre el pago, iniciándose, por tal razón, el artículo bajo análisis, con un principio destinado a que el **solvens** demuestre el error en el pago.

Queda claro, sin embargo, que tal como oportunamente lo expresamos, quien paga indebidamente asumirá dos cargas probatorias: acreditar que pagó (artículo 1229 del Código Civil) y demostrar que lo hizo por error (artículo 1273 del Código Civil).

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1273.***

Artículo 1273.- "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que quien recibió el pago negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada la entrega, quien pagó queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho de quien recibió el pago de acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se le pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada."

- ***Fundamento.***

Proponemos la modificación del artículo 1273 del Código Civil por las consideraciones antes expuestas.

- ***Concordancias nacionales.***

Pago indebido, concepto, artículo 1267 del Código Civil.

– PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION DE PAGO INDEBIDO.

Artículo 1274.- "*La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1274.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*. Si bien el *Código Civil de 1852* legisló la materia en su artículo 2124: "Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado, se prescriben en un tiempo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido.", la norma carece de antecedentes en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; y en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*.

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, abordó el tema en su artículo 1275: "Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual

al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.- Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido."; y el *Código Civil de 1936* lo hizo en el numeral 1286: "Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.- Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido."; inspirándose ambos preceptos en el Código Civil de 1852.

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 137: "Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.- Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 129: "La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe al año, a contar del día en que la parte perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a ejercitarla y, en todo caso, a los cinco años de efectuado el pago."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, legislaba la materia en el numeral 1292: "La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe al año, a contar del día en que la parte perjudicada tuvo conocimento de su derecho a ejercitarla y, en todo caso, a los cinco años de efectuado el pago."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1241: "La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Artículo 67 del Código Suizo y artículo 1893 del Código Mexicano (citados en el análisis que sigue).

– *Análisis.*

A decir de Fernando Vidal Ramírez [1], el Derecho no puede limitarse a sólo definir los derechos subjetivos y facilitar, mediante su amparo, el ejercicio de las facultades que constituyen su contenido. Por ello, el ordenamiento jurídico autoriza su defensa mediante la acción judicial y, excepcionalmente, a través de ciertas vías de hecho.

Es por tal razón que a todo derecho subjetivo corresponde una acción que hace posible su eficacia.

En materia de pago indebido, el artículo 1267 del Código Civil otorga al **solvens** la facultad de exigir que se le reponga lo pagado de manera indebida, concediéndole para tal efecto la acción de restitución.

El ejercicio de esta acción constituye el atributo que asiste a quien paga de manera indebida de acudir ante los tribunales para que en caso de incumplimiento el **accipiens** le restituya lo que ha recibido en pago.

La acción de restitución, sin embargo, prescribe extintivamente por el transcurso del tiempo.

El artículo 1274 del Código Civil Peruano -bajo comentario- regula la prescripción extintiva de la acción de restitución. Es por ello que el transcurso del tiempo presenta en el Derecho, y sin duda en la institución que estamos estudiando, particular relevancia.

Según Valencia Zea [2], el transcurso del tiempo produce importantes efectos en las relaciones jurídicas: el nacimiento o ad-

---

(1) VIDAL RAMIREZ, Fernando. La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de la relación jurídica. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1985, Página 53.

(2) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II, Novena Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1990, Página 305.

quisición de ciertos derechos, la convalidación de los derechos constituidos irregularmente, la extinción de derechos y la prueba de los mismos a través del tiempo cuando éstos no pueden acreditarse por su fuente.

Así tambien lo entiende Fernando Vidal Ramírez [3], cuando señala que el tiempo, o más precisamente su transcurso, constituye un hecho jurídico de capital importancia. Su transcurso influye gravemente en las relaciones jurídicas, dando lugar a la constitución de derechos subjetivos, como en el caso de la prescripción adquisitiva, o a extinguir ya a la acción, como en la prescripción extintiva, o ya a aquella y al derecho, como en la caducidad.

La prescripción extintiva -se ha dicho- es uno de los conceptos más necesarios para el orden social, según el cual, en aras de la seguridad jurídica, la inacción del titular de un derecho subjetivo durante el transcurso de un determinado tiempo extingue la acción que le corresponde.

Anota Marcial Rubio Correa [4] que la prescripción es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el derecho que le sirve de base.

León Barandiarán, citado por Fernando Vidal Ramírez [5], refiere que no ejercitar la acción es lo que la extingue. El transcurso del tiempo señalado por la ley y la inacción del acreedor constituyen las condiciones para que se produzca la prescripción de la acción.

Asimismo, el maestro León Barandiarán expresa que el transcurso del tiempo liberatorio para la prescripción da lugar a que al deudor no le sea exigible el cumplimiento de su obligación.

---

(3) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 11.
(4) RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y Caducidad. La Extinción de Acciones y Derechos en el Código Civil. Volumen VII, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, Página 26.
(5) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Páginas 97 y 98.

Pero que esto no significa, de manera alguna, que se haya extinguido el derecho mismo, sino sólo la acción correspondiente al acreedor.

En efecto, conforme lo establece el artículo 1989 del Código Civil de 1984, "La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo."

Al respecto, precisa Vidal Ramírez [6] que la prescripción realmente no extingue la acción, ya que el derecho de acudir a los tribunales no cesa por prescripción. Así como careciéndose de derecho sustantivo o material puede plantearse una pretensión que posteriormente sea declarada infundada, del mismo modo puede también ejercitarse una acción ya prescrita, no pudiendo el juez fundar su fallo en la prescripción si ésta no es invocada. La prescripción es, desde su origen, un medio de defensa y opera como excepción para enervar y neutralizar la acción incoada luego de transcurrido el plazo prescriptorio previsto en la ley.

Ahora bien, la acción por pago indebido es una acción personal [7].

---

(6) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 99.
(7) Tradicionalmente, las acciones se han clasificado en reales y personales, en atención a la naturaleza de la pretensión.
Savigny, citado por Marcial Rubio Correa (RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen VII, Página 90.), señala que el carácter distintivo de las dos especies de acciones consiste en lo siguiente: se llama **in personam** la acción que protege una **obligatio**, y se llama **in rem** la acción que protege cualquier otro derecho que no sea el de obligaciones.
En este sentido, Fernando Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 178.) indica que la acción real es la que se ejercita en defensa de los derechos que no están en la esfera de los personales. Su concepto inicial está dado por una contraposición al de la acción personal.
La acción personal, refiere este autor (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 161.), es aquella que corresponde a las pretensiones que resulten no sólo de derechos creditorios, sino de todos los derechos subjetivos, de allí que pueda hablarse de acciones mixtas -acciones que combinan pretensiones reales y personales-.

Marcial Rubio [8] afirma, sobre el particular, que "El pago indebido produce, en diversas y variadas hipótesis, una obligación de restitución y la acción referida a este derecho es, en consecuencia, una acción de naturaleza personal...".

Luis Moisset de Espanés [9], por su parte, anota que la acción de restitución era concebida como acción personal en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés, de suerte que si el **accipiens** transmitía la cosa a un tercero de buena fe, el **solvens** no podía perseguirla, y sólo le quedaba como recurso reclamar al **accipiens** por su enriquecimiento.

Solución similar ha sido adoptada por la legislación civil contemporánea.

En el Código Civil Peruano -agrega Moisset de Espanés- la naturaleza personal de la acción es clara y la posibilidad de reclamar la cosa cuando ha pasado a manos de un tercero se limita a las hipótesis en que éste actuó de mala fe o la recibió a título gratuito [10].

---

(8) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen VII, Página 174.
(9) MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Páginas 58 y 59.
(10) Añade Moisset de Espanés (MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Página 59.) que en la hipótesis prevista en el primer párrafo del artículo 1272 del Código Civil Peruano, "en que ha mediado una transmisión a título oneroso, y el adquirente es de buena fe, el **solvens** solamente podrá pretender subrogarse en el cobro del precio que pudiese adeudar el tercer adquirente, pero no estará facultado a perseguir la cosa.
En el segundo párrafo del mismo artículo 1272 se contemplan los casos en que el tercer adquirente hubiese recibido la cosa a título gratuito, o tuviese mala fe, únicas hipótesis en las que podrá dirigirse en su contra, pidiendo la restitución de la cosa.
De manera concordante, el artículo 1270, en sus párrafos primero y tercero, contempla los casos en que un **accipiens** enajena la cosa a un tercero, y vemos que también allí la acción prosperará cuando este último actuó de mala fe o recibió la cosa a título gratuito. En cambio, si la transmisión fue a título oneroso y el tercero actuaba de buena fe, el **solvens** carecerá de acción contra él, y sólo podrá dirigirse contra quien había recibido el pago indebido (segundo párrafo del artículo 1270)."

Ahora bien, en el Código vigente las acciones personales prescriben a los diez años, conforme al artículo 2001, inciso 1, salvo que la ley las declare imprescriptibles o que ellas no caduquen, como sucede, por ejemplo, en los casos de la acción de nulidad del matrimonio (artículo 276), de la acción declaratoria de filiación matrimonial (artículo 373) o de la acción judicial de declaración de filiación extramatrimonial (artículo 410). En otros casos, el propio artículo 2001 señala plazos de prescripción diferentes respecto a determinadas acciones personales específicas. A modo de ejemplo, el inciso 2 del mismo artículo 2001 dispone que prescribe a los siete años la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado; el inciso 3 fija en tres años el plazo para que prescriba la acción destinada al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral; y el inciso 4, en fin, ordena, entre otros supuestos, que prescribe a los dos años la acción que proviene de pensión alimenticia o la indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

La cita de las normas que anteceden tiene el propósito de demostrar que la regla general vigente, respecto a los plazos de prescripción de las acciones personales, que es de diez años, tiene excepciones que la modifican, reduciéndola, en algunos casos, o declarando la acción imprescriptible o no susceptible de caducidad, en otros.

Ante esa variedad de preceptos, respecto a las acciones personales, el Código Civil de 1984 prevé, para la restitución del pago indebido, un plazo de prescripción propio y especial de cinco años.

Este plazo es sustancialmente distinto al que establecía el artículo 1286 del Código Civil de 1936 para exigir la restitución de lo indebidamente pagado [11].

---

(11) El Código anterior, como antes se ha expresado, disponía en el artículo 1286 lo siguiente: "Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 -y lo mismo ocurría con su antecedente inmediato el artículo 2124 del Código Civil de 1852- el plazo de prescripción de la acción para exigir la restitución de lo pagado indebidamente variaba de acuerdo con el plazo de prescripción de la causa que la originaba. La acción de restitución, por tanto, no tenía un plazo de prescripción singular porque estaba vinculada al plazo de prescripción que correspondía a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. **Ad exemplum**, si el pago indebido se había efectuado por concepto de indemnización por un supuesto acto ilícito, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los dos años (artículo 1168, inciso 6, del Código Civil de 1936); pero si el pago indebido se había efectuado por restitución en un supuesto contrato de mutuo, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los quince años (artículo 1168, inciso 2, del Código Civil de 1936).

Más aun, el propio Código de 1936 establecía en el inciso 1 del artículo 1168 que la acción real prescribía a los veinte años. Sin embargo, y no obstante que la **actio rei vindicatio**, esto es, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ella no estaba sometida al régimen de prescripción de los veinte años, pues los más autorizados comentaristas del Código de 1936 consideraban, con todo fundamento, que era imprescriptible. Y la razón es muy simple. Sólo podía oponerse a la acción reivindicatoria la usucapión, esto es, la prescripción adquisitiva, que operaba, conforme al artículo 871 del Código de 1936, respecto a los inmuebles, para quien los había poseído como propietario de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos.

La pregunta, entonces, surgía por sí sola. Si se hubiera interpretado que la acción reivindicatoria prescribía a los veinte años, y que la usucapión o prescripción adquisitiva, sin justo título

---

el derecho de éstas.- Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido."

ni buena fe, operaba a los treinta años, ¿qué hubiera ocurrido durante ese lapso de diez años?

De lo anterior se infería claramente que conforme al artículo 1286 del Código Civil de 1936, la acción para exigir la restitución del inmueble pagado indebidamente, en las condiciones previstas por la última parte del artículo 871, era imprescriptible.

Basta señalar estas consideraciones para concluir, ineludiblemente, que la norma contenida en el artículo 1286 del Código Civil de 1936 no podía prevalecer. Legislar la prescripción de la acción de restitución del pago indebido con tan variadas gamas -desde la prescripción de la acción en un plazo de dos años hasta su imprescriptibilidad- era, a todas luces, inadecuado.

En opinión nuestra no existe justificación alguna para regular en forma tan arbitraria los plazos en los que deben prescribir las correspondientes acciones de restitución. El pago indebido hace nacer una acción de repetición propia o personal. Su origen es también propio y su plazo debe ser el mismo, con prescidencia del que corresponda a la acción que hubiera originado la obligación inexistente pagada en forma indebida.

Es claro, por tanto, que el plazo de prescripción previsto por el artículo 1274, bajo comentario, de cinco años, constituye un supuesto de excepción a los plazos generales de prescripción a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil, y que él se ha instituido en homenaje a la seguridad jurídica.

Esta regla es coherente, por lo demás, con normas de la legislación extranjera, que si bien no establecen preceptos idénticos, acogen los mismos principios.

Así, por ejemplo, el parágrafo primero del artículo 67 del Código Federal Suizo de las Obligaciones estatuye que "La acción por causa de enriquecimiento ilegítimo prescribe en un año a contar del día en que la parte lesionada ha tenido conocimiento de su derecho de repetición, y, en todos los casos, en diez años a partir del nacimiento de ese derecho."

Por su parte, el Código Civil Mexicano dispone en el artículo 1893 que "La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, contado desde que se conoció el error que originó el pago. El solo transcurso de cinco años, contados desde el pago indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución."

Pero debemos analizar, antes de concluir los comentarios del precepto, cómo se aplica en los casos en que el **accipiens** opone la usucapión o prescripción adquisitiva.

Marcial Rubio Correa [12] define la prescripción como "un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso (que varía según las circunstancias), y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien materia del caso."

La ley civil peruana, para los supuestos de prescripción adquisitiva, ha previsto plazos específicos en los artículo 950 y 951 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 950.- "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe."

Artículo 951.- "La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay."

A su turno, el artículo 952 del Código Civil de 1984 dispone que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. Y agrega que la sentencia que

(12) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., Volumen VII, Página 15.

accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

Del citado artículo 952 se infiere con toda claridad que el bien se adquiere por prescripción por el transcurso del tiempo, y que la sentencia es simplemente declarativa y sólo constituye título para la inscripción de la propiedad en el registro.

En este orden de ideas, en el caso de los bienes inmuebles, quien pagó indebidamente siempre podría exigir la restitución, pues los plazos de prescripción son de diez y cinco años, de acuerdo con las normas previstas por el artículo 950. En consecuencia, el poseedor nunca podría oponer la usucapión o prescripción adquisitiva, pues ella operaría posteriormente o, en todo caso, coetáneamente con la prescripción de la acción de restitución.

Pero en el caso de los bienes muebles la acción de restitución de lo pagado indebidamente sólo podría plantearse dentro de los dos años, si hay posesión continua, pacífica y pública como propietario de buena fe, y durante cuatro años si no la hay. En otras palabras, la usucapión o prescripción adquisitiva, cuando se trata de bienes muebles, prevalecería sobre el plazo de cinco años previsto por el artículo 1274 del Código Civil para exigir la restitución, pues el poseedor ya habría ganado por prescripción.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1274.*

Hemos hallado las siguientes Ejecutorias Supremas relacionadas con el tema tratado por el artículo 1274 del Código Civil vigente, referido al plazo de prescripción de la acción para recuperar lo indebidamente pagado:

I.- "El plazo de la prescripción comienza a correr desde que se consuma el pago que es objeto de la impugnación." Ejecutoria del 10 de diciembre de 1926. Revista del Foro, Página 67. (Artículo 1286 del Código Civil de 1936).

II.- "El plazo de prescripción para el reintegro de lo pagado indebidamente, corre desde la fecha en que se consuma, y sólo se interrumpe con la citación judicial para su pago." Ejecutoria del 2 de julio de 1969. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 304, 1969, Página 594. (Artículo 1286 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Prescripción extintiva, artículo 1989 del Código Civil / Fijación de plazos de prescripción, artículo 2000 del Código Civil / Plazos de prescripción, artículo 2001 del Código Civil.

- **SUPUESTOS EN LOS QUE EL DEUDOR NO TIENE ACCION DE REPETICION.**

Artículo 1275.- "*No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.*

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1275.***

Dentro de la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 28, Título XI, Partida Quinta, estatuía sobre la repetición del pago de una deuda prescrita lo siguiente: "**Aquel que no es tenudo de complir la promission, si pagase el por si o fiziesse lo que prometió, non seyendo apremiado; dende adelante non podría de mandar de cabo, aquello que diesse o que fiziesse.**"

En lo relativo al pago efectuado por deberes morales o de solidaridad social, la Ley 35, Título XIV, Partida Quinta, establecía: "**Otrosi dezimos, que las despensas que ome fiziesse en crianca de alguno, que criasse en su casa por Dios, que non las puede despues demandar.**"

En lo referente al pago efectuado en razón de un fin inmoral o ilícito, la Ley 49, Título XIV, Partida Quinta, disponía: "**Sabidor seyendo algund ome, que aquel pleyto sobre que fiziera a otro promission, era torpe, e que auía derecho por si para defenderse de non cumplirlo; si sobre esto fiziesse después la paga, deximos que la non podría demandar,; e si la demandasse, non seria el otro tenudo de tornargela**."

Por otra parte, y sobre el mismo tema, la Ley 53 de Partidas, Título XIV, Partida Quinta, establecía: "**Esso mismo seria, si alguno diesse dineros a alguna mala muger, porque yogueisse con ella. Ca, despues que gelo ouiesse dado, non gelos podria demandar, porque la torpedad vino de la su parte tan solamente; porende non los deue cobrar. Ca, como quier que la mala muger faze gran yerro en yazer con los omes, non faze mal en tomar lo quel dan. E porende, en recebirlo, non viene la torpedad de parte della**." Y agregaba que "**Dineros, o otras donas dando alguna muger que fuesse de buena fama, con entencion que fiziesse maldad de su cuerpo; maguer ella promete de fazer lo que demanda, e rescibe los dineros, o las donas sobre esta razon, con todo esso, si non quiziere fazer lo que prometio, non le puede el otro demandar lo que le auía dado, nin ella es tenuda de gelo tornar**."

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

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, abordó la materia en su artículo 829: "Todo pago supone una deuda; lo que se ha pagado indebidamente se puede repetir; no hay lugar a la repetición en las obligaciones naturales que se han ejecutado voluntariamente."; en tanto que el *Código Civil de 1852* legisló el tema en sus artículos 2126: "No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como la deuda de un menor ó de una mujer casada." y 2127: "Tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, ó por causa de piedad, ó por efecto de entusiasmo, si antes ó en el acto de la

entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado ó de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago."

La norma carece de antecedentes en el *Proyecto de Código Civil de 1890* y en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*.

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, trataba la materia en el numeral 9 del Título X: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936* regulaba el tema en su artículo 1274: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales, ni para obtener un fin inmoral o ilícito."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el artículo 1285: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin inmoral o ilícito."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regía la materia en el artículo 136: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin inmoral o ilícito."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 130: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmoral o ilícito."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1293: "No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmoral o ilícito."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1242: "No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.- Lo pagado para obte-

ner un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1275 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 1894 -similar al primer párrafo del artículo 1275 Peruano-), Ecuatoriano (artículos 2223 y 2224) y Brasileño (artículos 970 y 971).

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 Costarricense de 1888 (artículo 805) dispone que "Los pagos efectuados por una causa futura que no se ha realizado o por una causa que ha dejado de existir, o los que han tenido lugar en razón de una causa contraria a la ley, al orden público o buenas costumbres, o los que han sido obtenidos por medios ilícitos, no pueden ser repetidos. Sin embargo, si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado. Si sólo uno de los contratantes fuere culpable, podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado, sin estar obligado a su vez a cumplir lo que hubiere prometido."

El Código Boliviano de 1976 (artículo 964) prescribe que las prestaciones hechas espontáneamente por persona capaz, en cumplimiento de deberes morales o sociales, no pueden repetirse; y añade que esos deberes y cualquier otro, respecto al cual la ley no concede acción y excluye repetición, no producen otros efectos. Este cuerpo legal agrega (artículo 965) que el pago hecho en cumplimiento de una obligación cuya finalidad es contraria a las buenas costumbres, no se puede repetir.

El Código Chileno estatuye en su artículo 2296 que no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo 1470; en tanto que en el numeral 2297 establece que se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural.

El Código Civil Argentino dispone en su artículo 792 que el pago efectuado sin causa, o por una causa contraria a las buenas costumbres, como también el que se hubiese obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido o no hecho por error. Y agrega en el artículo 794 que es también hecho sin causa, el pago efectuado en virtud de una obligación, cuya causa fuese contraria a las leyes o al orden público; a no ser que fuese hecho en ejecución de una convención que debiese procurar a cada una de las partes una ventaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse. Por último, este Código prescribe (artículo 795) que el pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado.

– *Análisis*

La doctrina y la legislación extranjeras suelen comprender como supuestos del pago sin causa al pago de una obligación natural y al pago para obtener un fin ilícito o inmoral, cuando en éstos ha mediado error.

En nuestro ordenamiento jurídico, la **solutio sine causa** no abarca tales hipótesis [1].

---

(1) Recuérdese que la **solutio indebiti** se configura como la categoría jurídica que integra los diversos supuestos del pago sin causa. Entre ellos, sin embargo, no pueden incluirse el pago de una deuda natural, ni el pago en cumplimiento de una causa ilícita o inmoral.

– *Pago de una deuda prescrita.*

El artículo 1275 del Código Civil dispone, en primer término, que no se puede repetir lo pagado en virtud de una deuda prescrita, vale decir, de una obligación natural [2].

Quien paga una obligación natural, paga lo que es debido. Así, aunque pagara por error, no tendría derecho a la restitución de lo pagado.

El cumplimiento voluntario de una deuda natural produce los efectos liberatorios de un pago válido. En consecuencia, excluye el derecho del deudor a exigir la restitución de lo pagado y otorga al acreedor el derecho de retener lo recibido.

En efecto, las obligaciones naturales, si bien no confieren al **accipiens** la facultad de exigir su cumplimiento coactivo, autorizan a aquél para retener lo que por ellas se hubiese pagado.

Anota Joaquín Martínez Alfaro [3] que el acreedor de una obligación natural tiene derecho a retener en su patrimonio lo que se le entregó por concepto de pago, de suerte que el deudor no podrá exigir la restitución de lo que pagó como si hubiera sido un pago indebido. En este caso el pago es debido y, por tanto, válido.

Sobre el particular, enseña Llambías [4] que el pago espontáneo de la obligación natural es definitivo, quedando excluida la ulterior repetición o devolución, so pretexto de una alegación de ausencia de causa; la causa de ese pago radica en

(2) Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos en lo relativo a las obligaciones naturales (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 219 y siguientes.).
(3) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 378.
(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Páginas 55 y 56.

la obligación natural, la cual constituye un título apto para justificar la recepción del pago por parte del acreedor.

El pago de una deuda natural, agrega dicho tratadista, autoriza al acreedor para retener lo recibido, en tanto haya mediado la voluntariedad y capacidad del **solvens** [5].

La voluntariedad, señala Jorge Joaquín Llambías [6], responde a la espontaneidad con que el deudor cumple la obligación, esto es, sin que el pago pueda atribuirse a estímulos externos al **solvens**. El pago voluntario de una deuda natural no es aquel en el que el deudor tiene plena conciencia de la inexigibilidad del crédito.

En lo relativo a la capacidad del **solvens**, Llambías considera que si el pago emana de un sujeto incapaz, el acto mismo del pago, en cuanto acto jurídico, es nulo, y, por tanto, el titular de la acción de nulidad podrá repetir el pago inválido.

A decir de Ospina Fernández [7], el pago de una obligación natural debe verificarse en ciertas circunstancias, a saber: dicho pago debe ser voluntario, hecho por persona que tenga plena capacidad y debe reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la validez del pago en general.

– *Pago para cumplir deberes morales o de solidaridad social.*

El precepto bajo análisis es claro al disponer que no hay repetición de lo pagado para cumplir deberes morales o de solidaridad social.

(5) El Código Civil Argentino estatuye en el artículo 516: "El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo."
(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 56.
(7) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 225.

En efecto, aquel que respondiendo a un imperativo de su conciencia ejecuta una prestación sin estar, en estricto derecho, obligado a su ejecución, paga en cumplimiento de un deber moral y, por tanto, no podría reclamar la restitución de lo pagado. Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega a un familiar suyo tratado mal por la fortuna, por quien tiene afecto, una cantidad de dinero o bienes para favorecerlo.

En cambio, quien con fines altruistas, filantrópicos o inspirados en ideas de caridad, ejecuta prestaciones a las que no podía ser conminado judicialmente, paga en cumplimiento de un deber de solidaridad social. La ley, en consecuencia, le impide repetir lo pagado. Ilustraría este supuesto el caso de un hombre bondadoso que entrega una suma de dinero a alguien que se encuentra en una precaria situación económica y respecto del cual no existe siquiera un deber moral que lo vincule.

Así las cosas, es claro que el pago librado a la conciencia individual no autoriza al **solvens** para reclamar la restitución de lo pagado.

– *Pago para obtener un fin ilícito o inmoral.*

El artículo 1275 del Código Civil, bajo comentario, prohíbe la repetición de lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral.

El fin -señala Vidal Ramírez [8]- es el motivo determinante de la celebración del acto jurídico. Por esa razón, se entiende la finalidad que el Derecho reconoce a cada acto jurídico en particular para producir la relación y efectos jurídicos correspondientes.

La licitud es un elemento de validez del acto jurídico, cuya

(8) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen I, Páginas 130 y siguientes.

ausencia es causal de nulidad. El concepto de lo lícito se determina en función de las leyes de orden público y las buenas costumbres [9].

Martínez Alfaro [10] expresa que lícito es lo que está de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Para Giorgi, según anota Manuel de la Puente [11], la licitud es la no contrariedad a la ley jurídica o moral.

Refiere Manuel de la Puente [12] que la ilicitud del contrato está referida siempre a la ilicitud de su objeto, pues la obligación es el elemento que tiene la finalidad lícita o ilícita. La obligación es el único elemento que, por tener una finalidad, puede chocar con el ordenamiento jurídico.

Así, precisa el citado autor [13], la contrariedad del objeto del contrato -la obligación- a las leyes preceptivas o prohibitivas dan lugar a la ilicitud.

(9) Las normas jurídicas pueden clasificarse en imperativas o de orden público, en supletorias o dispositivas y en preceptos de remisión.
Las normas imperativas o de orden público son aquellas cuya observancia es obligatoria.
Por ser de interés público, los particulares no pueden modificar este tipo de normas, ni eximirse de su cumplimiento. Por ello, los actos jurídicos contrarios a sus preceptos son considerados por la ley civil como ilícitos y, por tanto, son sancionados con la nulidad.
Las normas imperativas o de orden público pueden clasificarse, a su vez, en normas prohibitivas (aquellas que ordenan una abstención) y en normas preceptivas (aquellas que ordenan la ejecución de un hecho).

(10) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 110.

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Página 305.

(12) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Página 312.

(13) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Tomo III, Página 315.

El criterio de lo inmoral, en cambio, se determina en función a las buenas costumbres[14].

Manuel de la Puente [15] añade que la ilicitud de los contratos está fundada en su ilegalidad -cuando son contrarios a las leyes imperativas-; o en su inmoralidad -cuando son contrarios a las buenas costumbres-.

Ahora bien, en lo relativo al derecho de repetición del pago por causa ilícita o inmoral, pueden señalarse tres posiciones en la doctrina y legislación extranjeras.

Una primera posición admite la repetición del pago hecho por una causa inmoral únicamente cuando el **solvens** incurre en error. De lo contrario, esto es, si ambas partes han errado, no hay lugar a la repetición.

Esta corriente prohíbe, asimismo, la repetición de lo pagado en virtud de una causa ilícita, admitiendo que el **accipiens** retenga -aunque a título ilegal- lo recibido. Es el caso, por ejemplo, del Código Civil Argentino [16].

---

(14) El concepto de las buenas costumbres alude a la moral social de un determinado tiempo y lugar, esto es, actitudes, cánones, hábitos comunes a una determinada colectividad.

(15) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Tomo III, Página 305.

(16) La ley civil argentina regula el tema en el artículo 794, disponiendo que "El pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado." En tanto que en el artículo 795 prescribe: "Es también hecho sin causa, el pago efectuado en virtud de una obligación, cuya causa fuese contraria a las leyes o al orden público; a no ser que fuese hecho en ejecución de una convención que debiese procurar a cada una de las partes una ventaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse."
Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 595.) anota que el Código Civil Argentino establece que el pago efectuado sin causa, como también el que se hubiese obtenido por medios ilícitos,

Otra posición se inclina por la tesis contraria, admitiendo la repetición del pago hecho por una causa inmoral o ilícita.

Milita en ella Pothier, citado por Giorgi [17], cuando señala que la ley estima ineficaz a las convenciones ilícitas o inmorales, no a los pagos ya efectuados en virtud a éstos. Los preceptos legales que niegan algún efecto a la causa ilícita miran a impedir que lo estipulado se convierta en hechos, pero frente al pago ya efectuado la disposición no tendría ningún sentido, porque la causa ilícita ha producido su efecto; no se trata ya de impedirlo, sino de restablecer el estado anterior, mediante la restitución.

En este caso, el pago -añade Pothier- no se presenta como un efecto del contrato ilícito, del que aún se puede impedir la verificación, sino como un hecho ya cumplido, no obstante la prohibición.

Bajo esta perspectiva, Marcel Planiol y Georges Ripert [18] consideran que lo pagado en cumplimiento de una obligación ilícita o inmoral no se debía y, por tanto, podrá indiscutiblemente repetirse. Lo contrario significaría consolidar la situación creada por el cumplimiento del contrato ilícito o inmoral.

---

puede ser repetido, haya sido o no hecho por error. Cuando la Ley Argentina hace referencia al pago efectuado sin causa, éste debe entenderse en el sentido limitado y especial que se le daba en el Derecho Romano.
Refiere Raymundo Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 593.) que en el Derecho Romano el pago sin causa comprendía -en un sentido lato- el pago indebido o el pago por error propiamente dicho y, en un sentido limitado, a todos aquellos casos en que faltaba propiamente la causa o ésta era ilícita o contraria a las buenas costumbres. En estos últimos casos, la condición del error no era exigida.

(17) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen V, Página 200.

(18) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Segunda Parte, Tomo VII, Las Obligaciones, Página 42.

En igual sentido, Cazeaux y Trigo Represas [19] recuerdan que Bibiloni propuso se admitiera la repetición de lo pagado en virtud de una convención ilícita o inmoral, sin atender a la deshonestidad del **solvens**, para eludir así la protección al indebido provecho que de lo contrario obtiene un **accipiens** igualmente deshonesto.

Una tercera posición legislativa prohíbe la repetición del pago efectuado por una causa inmoral o ilícita, confiscando y recuperando para el Estado lo pagado.

Este es el planteamiento asumido por el Código Civil Peruano y otros Códigos extranjeros como el Español (artículo 1305), el Panameño (artículo 1156) y el Mexicano (artículo 1895).

En efecto, la ley civil peruana rehúsa a aquel que ha pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral la acción de repetición y dispone que lo pagado en razón de ellas corresponde a la institución encargada del bienestar familiar [20].

Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral no legitima al **accipiens** para retener lo que recibió.

El precepto bajo análisis, parcialmente inspirado en lo previsto por el artículo 1895 del Código Civil Mexicano [21], evita que lo pagado para lograr cualquiera de los propósitos indicados quede en poder de quien lo recibió, pues ello resentiría seriamente a la moral y a la justicia.

---

(19) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Op. cit., Tomo II, Página 531.

(20) El segundo párrafo del artículo 1275 que venimos comentando establece: "Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar."

(21) El artículo 1895 del Código Civil Mexicano dispone que lo que se hubiere entregado para la realización de un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder de quien lo recibió, correspondiéndole el 50% a la beneficiencia pública y el otro 50% a quien efectuó el pago.

En este sentido, lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución que -en opinión generalizada- dedica sus fines a una de las labores más loables de la sociedad, cual es brindar protección al niño y al adolescente en situación de abandono y, subsidiariamente, a la familia que se encuentre en similar condición.

La institución a que hace referencia el precepto bajo comentario es el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, conocido bajo la sigla de INABIF [22].

Queda claro, en suma, que conforme a lo previsto por el artículo 1275 bajo comentario, el pago de una deuda prescrita, por

---

(22) El Decreto Legislativo N° 830 -Ley del Instituto Nacional de Bienestar Familiar-, publicado el 12 de julio de 1996 en el Diario Oficial "El Peruano", define al INABIF en su artículo primero como "el organismo público descentralizado del Ministerio de la Presidencia, con personería jurídica y de Derecho público interno, con autonomía económica, administrativa y financiera, bajo la supervisión del Ministerio de la Presidencia; encargado de planificar, proponer, dirigir, ejecutar y evaluar la política de bienestar familiar, orientada prioritariamente a los niños y adolescentes en riesgo, en armonía con las disposiciones constitucionales, los fines del Estado y la política sectorial, de conformidad con lo que establece la presente Ley y la legislación vigente."
Asimismo, el artículo cuarto de la citada norma prevé como objetivos del INABIF los siguientes:
"a) Promover la protección de los niños y adolescentes en riesgo, propiciando la generación y el mejoramiento de las condiciones que aseguren su desarrollo integral;
b) Desarrollar sistemas adecuados de prevención, asistencia, protección, rehabilitación y promoción del niño y adolescente para su realización como persona útil a la sociedad;
c) Desarrollar servicios institucionales que ofrezcan a los niños y adolescentes en riesgo las condiciones y posibilidad de su integración familiar y social;
d) Promover la participación comunal como eje para el desarrollo de los programas de atención."

tratarse de una obligación natural que sirve como base a un pago válido, no puede repetirse.

La misma regla opera ante el pago efectuado en cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social. Lo contrario agravaría a los cánones de índole moral y a la equidad.

Y, finalmente, si la ley otorgase al **solvens** la facultad de repetir lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral, reconocería a aquél derechos similares a los que le corresponderían si el pago hubiese sido válido. Bajo estas consideraciones, la ley civil peruana niega la repetibilidad de lo pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1275.

El tema regulado por el artículo 1275 del Código Civil vigente, registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Es infundada la demanda interpuesta por el padre extramatrimonial para que se declare que un terreno y la casa que hizo construir sobre él a nombre y para su hijo reconocido, es de su propiedad y no de aquél, porque dicha acción importa la repetición de lo entregado en propiedad a título de alimentos que estaba prohibida por el artículo 2127 del Código Civil de 1852. Quien voluntariamente da algo en concepto de alimentos efectúa un pago y no verifica una donación." Anales Judiciales, 1935, Página 157. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

II.- "La tía de un menor carece de derecho para reclamar al padre de dicho menor lo que hubiese gastado voluntariamente en atender a su subsistencia y satisfacer todas sus necesidades impulsada sólo por el afecto que el menor le inspiraba." Anales Judiciales, 1936, Página 144. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

III.- "No procede la demanda de la abuela de un menor, dirigida contra el padre de éste, para que le reembolse lo que ha

gastado para alimentos de dicho menor." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1965, Página 1089. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

IV.- "No procede el cobro de las sumas gastadas en favor de menores abandonados por tratarse del cumplimiento de deberes morales y de solidaridad social." Ejecutoria del 3 de junio de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 290, 1968, Página 334. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

V.- "No procede demandar al coheredero el reembolso de las cantidades pagadas por uno o varios de los hijos en el sepelio de la madre común, cumpliendo así deberes morales de naturaleza elemental." Anales Judiciales, 1970, Página 12. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

VI.- "El marido que después de expedida la sentencia de divorcio, continúa pagando a su ex-esposa la pensión alimenticia fijada en el juicio respectivo, carece de derecho para demandar la devolución de las cantidades entregadas a su ex-cónyuge." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1971, Página 697. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

VII.- "Quien libremente y sin reserva alguna suministra alimentos a su ex-cónyuge, no puede recurrir al amparo judicial para solicitar la devolución de su importe alegando la extinción automática de la obligación alimentaria. Lo dispuesto en el artículo 1285 del Código Civil prevalece sobre lo preceptuado por el segundo párrafo del artículo 31 del Decreto Ley 20177." Ejecutoria del 5 de mayo de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 401, 1977, Página 697. (Artículo 1285 del Código Civil de 1936).

– Concordancias nacionales.

Pago antes del vencimiento del plazo suspensivo, artículo 180 del Código Civil / Excepción a la obligación de restituir, artículo 1268 del Código Civil.

– APLICACION DE LAS NORMAS DEL PAGO INDEBIDO A LAS OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER.

Artículo 1276.- "*Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.*

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

– *Fuentes nacionales del artículo 1276.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; ni en la

Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.

El tema fue abordado por primera vez en el Perú por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, en su artículo 131: "Las reglas que anteceden se aplicarán, en cuanto fuesen pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no fuese procedente restituir una prestación y a las obligaciones de no hacer.- En estos casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, quedará obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."; seguido por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1294: "Las reglas que anteceden se aplicarán, en cuanto fuesen pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no fuese procedente restituir una prestación y a las obligaciones de no hacer.- En estos casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, quedará obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, legisló la materia en el artículo 1243: "Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.- En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Tiene cierta similitud con el artículo 1276 del Código Civil Peruano, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 969, inciso 1),

el mismo que además establece que se restituye lo percibido como contraprestación.

– *Análisis.*

El artículo 1276 del Código Civil Peruano de 1984 resulta novedoso en tanto ningún otro Código o Proyecto Peruano ha regulado este supuesto en los términos expresados.

Cuando una persona, por error, presta un servicio o cumple un hecho, o se abstiene de ejecutar una prestación de dar o de hacer, resulta evidente que no puede hablarse -en estricto- del derecho a repetir. Por ello, el precepto bajo análisis establece que las reglas del pago indebido se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En opinión nuestra, las normas sobre el pago indebido relativas a las obligaciones de hacer y de no hacer a que se refiere el precepto, nos remitirían a la definición y efectos de la **solutio indebiti** (artículo 1267 del Código Civil), al pago indebido efectuado a persona que procedió con buena fe (artículo 1268 del Código Civil), a la carga de la prueba del pago indebido (artículo 1273 del Código Civil), al plazo prescriptorio de la acción de restitución (artículo 1274 del Código Civil) y, finalmente, a los supuestos en los que el deudor no tenga acción de repetición (artículo 1275 del Código Civil).

La regla bajo comentario dispone, además, que el pago indebido de una prestación de hacer o de no hacer faculta al **solvens** para exigir al **accipiens** de buena fe el pago de una indemnización, en cuanto por aquél se hubiese beneficiado. En cambio, quien lo recibe como acreedor a sabiendas de que no se debe, esto es, de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

– ***Concordancias nacionales.***

Obligaciones de hacer, artículos 1148 y siguientes del Código Civil / Obligaciones de no hacer, artículos 1158 y siguientes del Código Civil / Aceptación de pago indebido de mala fe, artículo 1269 del Código Civil / Aceptación de pago indebido de buena fe, artículo 1271 del Código Civil.

TITULO III

Novación

– NOVACION. CONCEPTOS GENERALES.

Artículo 1277.- "*Por la novación se sustituye una obligación por otra.*

Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1277.***

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas,* Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, disponía que "**Si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renouase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que daua por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renouamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincaria obligados por la debda, también el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serian quitos de la obligación principal.**"

En la legislación republicana el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, consignaba los artículos 27: "Los contratos concluyen o por distracto, ó por novación, ó por error ó dolo probado, ó por falta de cumplimiento a la condi-

ción, ó por ejecución, ó por ejecución de lo pactado ó por confusión."; y 29: "Novación es la finalización de un contrato substituyendose otro entre las mismas personas, ó diferentes de consentimiento espreso de los primeros contratantes y con la clausula precisa de quedar concluido el primer contrato- ambos contrayentes al tiempo de la novación han de estar en aptitud de contratar.".

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trató la materia en sus numerales 865: "La novación es un contrato que quita o desata la obligación de la deuda, por renovamiento de causa o de personas."; y 867: "No puede hacerse novación sino entre personas capaces de contratar. La novación no se presume; es menester que la voluntad de hacerla resulte manifiestamente de la escritura."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, hacía lo propio en su artículo 2264: "La novación es un modo de extinguir una obligación existente, creando otra nueva."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* se ocupaba del tema en sus artículos 2995: "Novación es el modo de extinguir una obligación, creando otra nueva que la reemplaza."; y 2999: "La novación no se presume: es preciso que las partes manifiesten claramente, en la nueva convención su voluntad de novar, ó que la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Si no se manifiesta la intención de novar, se reputan coexistentes las dos obligaciones, y la primitiva vale en la parte que no sea opuesta á la posterior, subsistiendo en esa parte los privilegios y seguridades de la obligación antigua."; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 256: "La novación no se presume. Es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no que la extinguen."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, abordó el tema en el numeral 244: "Para que haya novación es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen."

Posteriormente, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba la materia en el numeral 1279: "Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal serán consideradas como que sólo modifican la obligación."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en su artículo 1290: "Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva.- Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regía el tema en el artículo 138: "Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 132: "Por la novación se sustituye la primitiva obligación por otra.- Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1295: "Por la novación se sustituye la primitiva obligación por otra.- Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste

indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en su artículo 1244: "Por la novación se sustituye una obligación por otra.- Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."

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

Concuerdan con el artículo 1277 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Francés (artículo 1273), Chileno (artículos 1628 y 1634), Venezolano de 1880 (artículo 1216), Español (artículo 1204), Brasileño (artículo 1000), Hondureño de 1906 (artículo 1483), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 199 y 200, segundo párrafo), Portorriqueño de 1930 (artículo 1158), Venezolano de 1942 (artículo 1315), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 883), Portugués de 1967 (artículo 859), Guatemalteco de 1973 (artículo 1478), Boliviano de 1976 (artículo 353), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 859), Panameño (artículo 1090), Uruguayo (artículo 1525), Ecuatoriano (artículos 1671 y 1677), Paraguayo de 1987 (artículos 602, último párrafo, y 603), y Egipcio (artículo 249).

El Código Civil Etíope (artículo 1828 -similar al segundo párrafo del artículo 1277 peruano-) señala que "La voluntad de extinguir la obligación original debe existir inequívocamente para que haya novación."; en tanto que el Código Civil Argentino (artículos 801 y 812, primera parte) establece que la novación no se presume. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva.

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 815) prescribe que la novación no se presume; es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato o de los hechos acaecidos entre las partes.

El Código Civil Mexicano (artículo 2215), por su parte, señala que la novación nunca se presume y que debe constar expresamente.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 584) dispone que la novación es la sustitución de una obligación nueva con objeto o título diferente a la otra anterior que queda extinguida. La voluntad de extinguir una obligación anterior debe resultar de manera inequívoca.

El Código Boliviano de 1831 (artículo 862), en fin, establece que la novación es un contrato que quita o desata la obligación de una deuda, por renovamiento de causa o personas.

- ***Análisis.***

- ***Concepto.***

La novación es una de las instituciones del Derecho de Obligaciones que, no obstante su antigüedad, aún presenta posiciones doctrinarias encontradas, a la par que diversa regulación en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. A ello obedece, sin duda, el que su estudio continúe siendo de gran interés.

En opinión nuestra, la novación es el medio extintivo de obligaciones que opera mediante la sustitución de una obligación por otra.

Para Pothier [1], la novación es la sustitución de una nueva deuda por otra antigua, quedando esta última extinguida por aquélla. Por ese motivo, la novación se cuenta entre los modos de extinguir una obligación.

En este sentido, Francesco Messineo [2] señala que la

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 241.
(2) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 401.

novación es un modo de extinción de la obligación a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva.

De igual manera, expresa Von Tuhr [3] que la novación es el acto por el que se extingue una deuda antigua creándose otra nueva.

Guillermo Suárez [4] anota que la palabra novación viene de la voz latina **novare**, que significa cambiar, hacer algo nuevo. Nova una obligación quien la reemplaza o sustituye por otra.

A decir de Demolombe [5], la novación es la sustitución de una anterior obligación que se extingue, por una nueva que la reemplaza.

A primera vista, la definición de esta institución no parecería revestir dificultad alguna, no obstante no presentar en doctrina un criterio unívoco.

Sin embargo, según se comprobará en las siguientes líneas, se ha dicho que la novación supone una simplificación de operaciones, una metamorfosis, una conversión, una transformación, una modificación y una sustitución de la obligación.

Henri, Léon y Jean Mazeaud [6] indican que la novación constituye una simplificación, ya que -de una sola vez- extingue una obligación para reemplazarla por otra, evitando el tener que proceder a dos operaciones sucesivas y distintas: extinción de una obligación, creación de otra diferente.

Bajo una perspectiva distinta, Jacques Dupichot [7] afirma

(3) VON TUHR, A. Op. cit., Tomo II, Página 147.
(4) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. La Novación. En: Tesis presentadas por los alumnos con ocasión de su Grado. Volumen II, Bogotá, Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1943, Página 294.
(5) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 156.
(6) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 458.
(7) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 119.

que la novación es una metamorfosis de la primera obligación y no una extinción seguida de una creación.

En el mismo sentido, Philippe Malaurie y Laurent Aynès [8] consideran que la novación extingue la obligación por su metamorfosis, esto es, por un cambio significativo de la obligación originaria.

En opinión de Emilio Betti [9], la novación debe identificarse con el fenómeno de una conversión de la relación por absorción. La extinción del vínculo precedente opera por medio del nuevo negocio, el cual absorbe el objeto de aquél.

En esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda [10] define a la novación como la conversión de una deuda en otra, con el objeto de extinguir la primera.

De igual manera, Clovis Bevilacqua -citado por Levengahen[11]- considera a la novación como la conversión de una deuda en otra para extinguir la primera.

Otros autores, en cambio, estiman que la novación importa tan sólo la transformación de la obligación originaria.

Jorge Joaquín Llambías [12] señala que la novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera.

Recuerda Llambías que el artículo 801 del Código Civil Argentino prescribe que "la novación es la transformación de una obligación en otra". Empero, añade que ese concepto no es completo porque si bien en toda novación hay transformación, no toda transformación implica novación. Debe indicarse, agrega, qué ín-

(8) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 594.
(9) BETTI, Emilio. Op. cit., Tomo II, Página 316.
(10) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 193.
(11) LEVENGAHEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 148.
(12) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 24 y 25.

dole de transformación causa la novación de una obligación, y para ello a la idea de transformación hay que agregarle la de extinción y la de creación sustitutiva [13].

La transformación -precisa Llambías- es el cambio de forma, entendiendo por forma, en sentido filosófico, aquello que determina específicamente a una cosa en lo que es, distinguiéndola de otras cosas. En tal sentido, una obligación se transforma cuando se transmite en otra obligación que no se confunde con la primera, pero no es posible llegar a este resultado sin advertir que se ha producido la extinción de la obligación primitiva, así como la creación, en sustitución de ella, de una nueva obligación; y que -como en el mito clásico- el cisne renace de sus cenizas, una nueva obligación ha surgido de la muerte fecunda de la obligación originaria.

Asimismo, parecieran militar en esta línea de pensamiento, Larombière, citado por Demolombe[14], cuando define a la novación como la transformación, la traslación de una obligación en otra que le es sustituida, y Salvat [15], quien considera a la novación como la transformación de una obligación en otra. La palabra transformación -precisa Salvat- está tomada aquí en el sentido de sustitución, cambio o reemplazo de una obligación por otra, ya que transformación y sustitución no resultan conceptos incompatibles en la noción jurídica de novación. Cuando las partes no han querido terminar un negocio y dar nacimiento a uno nuevo, sino convertir el primero en el segundo, desobligándose respecto de aquél y asumiendo las obligaciones que éste supone, se dice que transforman una obligación en otra. La sustitución -añade Salvat- constituye el mecanismo legal de la transformación, pues no se llega a la conversión de una obligación en otra, sino reemplazando la obligación que existía por la obligación que se crea.

Héctor Lafaille [16], por su parte, indica que en el Derecho Romano la novación significaba una modificación del vínculo, una transformación que dejaba, sin embargo, invariable el objeto de la obligación. El primitivo concepto de novación -precisa Lafaille- sólo denota cambio de una obligación en otra, que más bien se insume dentro de la segunda. No es una obligación que se extingue para dar nacimiento a una nueva, sino una obligación que se modifica, que se transforma, para llegar a convertirse en una obligación nueva [17].

---

(13) Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 247.) expresan que el artículo 801 del Código Civil Argentino contiene una definición tan esquemática y poco concisa que en nada ilustra el contenido de la novación; consideran, por ello, más precisas aquellas definiciones que conciben a la novación como la extinción de una obligación por la creación de otra destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.
Alterini, Ameal y López Cabana (ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 329 y 330.) anotan, a su turno, que la definición que da el Código Civil Argentino sobre este tema ha sido criticada por incompleta, pues al decir "transformación" no adelanta criterio acerca de cuál es la que producirá novación; por lo que prefieren hablar de "reemplazo" de una obligación preexistente por otra nueva que la sustituye.

(14) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.

(15) SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo III, Página 1.

(16) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 330.

(17) Recuerda Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.) que **transfusio** y **translatio** son los términos en los que se resumía la novación romana. La novación -señala Demolombe- era una transfusión de la deuda, ya que, por decirlo así, vertía su contenido en otra mediante la estipulación. La novación era también una transferencia del **debitum** en otra obligación en la que subsistía transferido y transfundido.
Según expresa Eduardo Volterra (VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1986, Página 602.), los romanos vieron en la novación una **transfusio atque translatio** de la obligación precedente en la nueva, en el sentido de que la primera quedaba absorbida totalmente en la segunda, extinguiéndose de este modo.
Anota Felippo Serafini (SERAFINI, Felippo. Instituciones de Derecho Romano, Tomo II, Obligaciones. Madrid, Espasa Calpe S.A., 1927, Página 114.) que la novación era una forma de extinguirse la obligación mediante la transfusión del contenido de ésta en el de otra.
En este sentido, Juan Iglesias (IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Romano, Tomo II: Obligaciones-Barcelona, Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, 1950, Página 129.) señala que la novación importaba la extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una posterior.

Refiere Mackeldey [18] que el Derecho Romano entiende por novación la transformación de una obligación existente en otra nueva distinta de la primera por su forma.

De igual manera, Lagrange [19] afirma que la novación es la transformación de la antigua obligación en otra nueva.

Quizá sea ésta la razón por la que algunas de las definiciones anotadas -adoptando un criterio marcadamente romanista- asocian a la novación con la transformación de la obligación.

De similar parecer es Demolombe [20], cuando afirma que ciertos autores no han evitado el escollo en el que se atascaron sus antepasados, reconociendo por ello en la novación sólo una transformación de la obligación.

A decir de Boffi Boggero [21], en cuanto a la definición de la novación se trate, parece preferible la que denota la idea de sustituir a la que sugiere la de transformar.

Expresa De Ruggiero, citado por Lozano Berruezo [22], que la novación moderna no es, por la forma de realizarse ni por la función que cumple, la novación del Derecho Romano. La novación más que un cambio de la obligación supone una auténtica sustitución.

Esta es, por cierto, la opinión hoy dominante en doctrina: la novación es la sustitución de una obligación por otra.

Ahora bien, conforme hemos señalado, la novación es un medio extintivo de obligaciones, no obstante que en el Derecho Español puede ser simplemente modificatoria de obligaciones. En

---

(18) MACKELDEY, Ferdinand. Op. cit., Página 467.
(19) LAGRANGE, M. Eugenio. Manual de Derecho Romano, Madrid, 2da. Edición, Librería de Victoriano Suárez, 1889, Página 436.
(20) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 157.
(21) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 306.
(22) LOZANO BERRUEZO, C. De la Extinción de las Obligaciones. La Novación. Barcelona, Colección Nereo, 1986, Página 125.

efecto, la ley civil española da a la novación un doble matiz: la novación es una forma de extinguir las obligaciones o tan sólo una forma de modificarlas.

La novación puede ser el cambio o la sustitución de una obligación por otra, según el ánimo de las partes sea el de extinguir o modificar la primera obligación [23].

---

(23) El Código Civil Español, al legislar sobre la extinción de las obligaciones, prescribe en el artículo 1156 lo siguiente:
"Las obligaciones se extinguen:
Por el pago o cumplimiento.
Por la pérdida de la cosa debida.
Por la condonación de la deuda.
Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.
Por la compensación.
Por la novación."
No obstante, al regular la novación establece en su artículo 1203 la siguiente norma:
"Las obligaciones pueden modificarse:
1° Variando su objeto o sus condiciones principales.
2° Sustituyendo la persona del deudor.
3° Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor."
Refiere Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Páginas 121 y 122.) que el artículo 1156 del Código Civil Español incluye a la novación entre los modos de extinguir las obligaciones, por la más pura tradición (el fuerte puntal que supone ser el calco del artículo 1234 del Código Civil Francés), y el artículo 1203 la considera capaz de modificarlas en virtud a un hecho: el cambio de objeto, de la persona del deudor o del acreedor, puede reducirse a suponer una simple modificación.
En lo que se modifica -precisa Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 122.)- hay algo que cambia y algo que permanece. Es justamente esto que permanece lo que nos permite hablar de modificación, porque si todo resultase cambiado estaríamos ante una sustitución.
Así lo entiende Mucius Scaevola, citado por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 126.), cuando señala que "la novación no es siempre una causa de extinción de las obligaciones, ni siquiera en la mayor parte de las veces, puesto que se limita -por lo general- a modificar los términos en que se encuentran establecidas."
García Goyena -también citado por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 126.)- considera a la novación como la modificación de una obligación preexistente o su destruc-

Ahora nos corresponde expresar nuestra opinión.

La novación es un medio extintivo de obligaciones, la misma que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra.

En este sentido, la novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, los que únicamente tienen por finalidad "extinguir", ya que a través de la novación siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente.

Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera ficticiamente, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero **animus solvendi**, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguir la obligación, sino que quieren hacerlo pero novándola, es decir, cambiándola por otra.

De esta forma, el pago o ejecución se efectuará respecto de la segunda obligación y no de la primera.

Por otra parte, la novación presenta dos facetas claramente identificables, como veremos en su oportunidad, ya que puede producirse en forma objetiva (sea por cambio en la prestación o

---

ción mediante sustitución por otra nueva.
Guillermo Ospina Fernández (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 430.), en fin, afirma que la novación es un modo de extinguir las obligaciones, porque el consentimiento de las partes tiende -precisamente- a producir este efecto. Si la intención de éstas se limita a modificar una obligación preexistente entre los mismos acreedor y deudor y respecto a un mismo objeto, se tratará entonces de una simple convención modificatoria de la relación obligatoria, mas no de novación.

en el título de la obligación), o en forma subjetiva. En este último caso, también podrán presentarse dos características distintas: o que se produzca por cambio de acreedor o por cambio de deudor (tanto en la modalidad de delegación, como en la modalidad de expromisión).

Finalmente, queda en claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

– *Naturaleza jurídica.*

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la novación, precisa anotarse que -a diferencia de lo que ocurre con otras figuras o instituciones jurídicas- el tema tradicionalmente no ha suscitado controversias ni dificultades mayores.

La novación entraña un contrato extintivo de obligaciones, salvo los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal. Esta última, según se observará en un posterior análisis, tiene rasgos característicos singulares.

Sin embargo, algunos autores consideran que esta figura importa una convención liberatoria.

Así lo entienden Cazeaux y Trigo Represas [24], al anotar que, para ciertos tratadistas, la novación es simplemente un contrato, por cuanto concomitantemente extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, pero consideran que es más exacto decir que se trata de una "convención liberatoria", o mejor aún, de un acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato extinguir y crear simultáneamente obligaciones.

---

(24) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 248.

En opinión de Ospina Fernández [25], la novación es un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas, en cuanto soluciona, al igual que el pago puro y simple, una obligación preexistente, y de la naturaleza de los contratos, en cuanto da nacimiento a una obligación nueva.

En tal orden de ideas, precisa señalarse que el Código Civil Peruano de 1984 legisla a la novación como un medio extintivo de obligaciones y, como tal, puede calificarse de la manera que enunciamos a continuación.

Por su idoneidad, como un medio no ideal de extinción de obligaciones, por cuanto constituye una desviación en el destino natural de la relación obligatoria. Adviértase que esta figura jurídica -en cualquiera de sus modalidades- importa la sustitución de una obligación por otra.

Por las partes que intervienen, puede ser un medio unilateral de extinción de obligaciones o uno de carácter bilateral, según la modalidad novatoria que se analice.

La novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, sólo requiere de la voluntad del acreedor y del tercero que se sustituye, y se puede efectuar aun contra la voluntad del deudor primitivo (artículo 1282). En este sentido, la novación, desde la óptica de las personas que intervienen en la obligación primigenia, constituye un medio de extinción unilateral.

En cambio, las otras formas de novación, esto es, la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la novación subjetiva por cambio de acreedor y la novación objetiva, exigen del acuerdo entre deudor y acreedor para sustituir una obligación por otra. Por tal razón, estas formas novatorias, desde la misma óptica señalada, pueden catalogarse como medios bilaterales de extinción de obligaciones.

---

(25) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 430.

Según la intervención de la voluntad humana, la novación es un medio voluntario de extinción de obligaciones, ya que lejos de operar por mandato de la ley, lo hace en virtud de la voluntad del acreedor o de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con la salvedad de los casos de novación legal.

La novación, sin duda, es una de las vías extintivas de obligaciones que el Derecho auspicia (esta figura se encuentra legislada en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil de 1984). De allí que, conforme al criterio de la normalidad, la novación puede catalogarse como un medio normal de extinción de obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, la novación constituye un medio satisfactorio. En efecto, por la novación, el interés del **accipiens** se satisface mediante el cumplimiento de una obligación nueva y distinta a la originalmente pactada.

A decir de Von Tuhr [26], mediante la novación el acreedor adquiere, en lugar de la prestación a que tenía derecho, un nuevo crédito contra el deudor, y éste se exime de su deuda sin cumplirla mediante una nueva promesa al acreedor.

De acuerdo con sus efectos, esta figura jurídica no es un medio extintivo de obligaciones en estricto, toda vez que, en cualquiera de sus modalidades, implica la creación de una obligación nueva que sustituye a otra preexistente. En tal sentido, la novación resulta ser al mismo tiempo medio extintivo y fuente creadora de obligaciones.

– *Requisitos*.

Para que pueda configurarse la novación es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

---

(26) VON TUHR, A. Op. cit., Página 147.

– *Preexistencia de una obligación válida.*

La novación exige para su validez de la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente [27].

Refieren Cazeaux y Trigo Represas [28] que si la novación es el reemplazo de una obligación por otra, va de suyo que el primer requisito de este instituto es la existencia de una primera obligación, que habrá de resultar extinguida al procederse a su sustitución, ya que no se puede novar lo que no existe.

Manuel Borja Soriano [29] expresa que, a falta de obligación anterior, la novación carece de base. No se entiende contraer una obligación sino para extinguir otra.

A decir de Boffi Boggero [30], este requisito surge por claras razones lógicas. Si no hay obligación anterior que se extinga, habrá nacimiento llano y liso de una obligación, pero estaríamos lejos de la figura **sub examine**.

De igual manera, Guillermo Suárez[31] señala que la novación, en cuanto modo de extinguir obligaciones, supone, como condición previa, la existencia de una obligación que pueda extinguirse. Si no existiera un vínculo jurídico anterior,

---

(27) Cabe señalar, además, que el cumplimiento de la obligación primitiva debe ser posible. De lo contrario, esto es, si existiese imposibilidad objetiva de cumplir con la prestación originaria, no podría producirse la novación.
Según hemos estudiado en su oportunidad, la imposibilidad de ejecución del objeto de la relación obligatoria determina su extinción. En tal sentido, no podría pactarse novación alguna, ya que no habría obligación preexistente que sustituir (aquélla estaría extinguida ante la imposibilidad de su cumplimiento).

(28) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 248.

(29) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 614.

(30) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 313.

(31) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 295.

la novación carecería de objeto, ya que no puede extinguirse lo que no existe.

– *Creación de una nueva obligación.*

El segundo requisito esencial de la novación es el nacimiento de una nueva obligación que reemplaza a la anterior que se extingue.

Anotan Planiol y Ripert [32] que el acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si ésta no nace, la novación no tiene lugar y subsiste el crédito que se pretendía extinguir.

Sin duda, la novación precisa de una diferencia sustancial entre la obligación que se extingue y la que se crea [33].

Agregan Planiol y Ripert [34] que la segunda obligación debe

---

(32) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 346.

(33) Desde antiguo, la nueva obligación debía tener algo nuevo respecto a la que se extinguía. A este elemento nuevo los romanos lo denominaron **aliquid novi**.
A decir de Felippo Serafini (SERAFINI, Felippo. Op. cit., Página 115.), entre los requisitos para la validez de la novación se encuentra el **aliquid novi**, es decir, que la obligación sustituida a la antigua tenga algo nuevo. Añade Serafini que el **aliquid novi** debe ser algo relativamente esencial de la obligación.
Arangio Ruiz (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Página 442.), por su parte, sostiene que el elemento esencial es un **aliquid novi** en la segunda obligación respecto de la primera.
Señalan Arias Ramos y Arias Bonet (ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Op. cit., Página 714.) que el **aliquid novi** es aquello distinto que diferencia la nueva obligación de la anterior, bien porque varíe la persona del acreedor, o la del deudor, o la naturaleza de la obligación, o alguna de sus modalidades.

(34) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 343.

diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de otra. Si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento.

En este sentido, Manuel Borja Soriano [35], citando a Baudry-Lacantinerie y Barde, expresa que la novación supone, por definición, un elemento nuevo. Si no existe diferencia entre la primera obligación y la segunda no puede haber allí novación, sino solamente reconocimiento de la primera deuda.

Guillermo Suárez [36] afirma que la novación requiere que la nueva obligación destinada a reemplazar a la antigua sea en un todo distinto a la primera, que se diferencie fundamentalmente de ella, porque de lo contrario la nueva obligación no es sino confirmación de la primera, y si las dos obligaciones son iguales no hay novación.

Precisa Salvat [37] que para que exista novación, es indispensable que la nueva obligación contenga algún elemento nuevo con relación a la anterior, por ejemplo si hay un cambio de causa o del objeto de la primitiva obligación (si convenimos que una suma que se tenía en calidad de préstamo, continúe en poder del deudor en calidad de depósito, o si convenimos que en lugar de devolverse una suma de dinero que se adeuda, se devuelva una cierta cantidad de mercadería); si hay un cambio de deudor (si convenimos que la obligación que Pedro tiene pendiente con Pablo, será pagada por Juan); o si hay un cambio de acreedor (si convenimos que la obligación que tiene Pedro pendiente con Pablo, será pagada a Juan).

Dentro de tal orden de ideas, cabe preguntarnos si cualquier cambio en la obligación primigenia importa novación.

---

(35) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 617.
(36) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Volumen II, Página 294.
(37) SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo III, Página 1.

Sin duda, sólo un cambio sustancial en la primera obligación produce novación. Todo cambio que genere una modificación en la esencia de una relación obligatoria supone siempre su extinción y la consecuente creación de una nueva.

Ahora bien, este cambio -que hemos venido en llamar sustancial- se produce cuando los contratantes de mutuo acuerdo convienen en modificar alguno de los elementos constitutivos de la relación obligatoria, suprimir la condición a que se hallaba sujeta la obligación primigenia o, por el contrario, sujetar la obligación originalmente pura a una condición, todo ello con las restricciones y límites que, al respecto, contempla el propio Código Civil y que oportunamente analizaremos.

- *Animus novandi o voluntad de novar.*

Por la novación, una obligación nueva y distinta permite al deudor obtener su liberación y al acreedor satisfacer su crédito. En tal sentido, es claro que esta figura requiera del mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con las restricciones que corresponden a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y a la novación legal, que luego estudiaremos[38].

---

(38) No en todos los tiempos, sin embargo, el **animus novandi** fue exigido como requisito para la validez de la novación.
En el antiguo Derecho Romano, la novación se producía **ex lege**, antes que **ex voluntate**.
Expresa Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 158.) que la novación se cumplía por el irresistible poder de la forma legal; no preocupaba la intención de las partes, sino el que hubiesen pronunciado las palabras solemnes de la estipulación.
Refieren los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.), por su parte, que el Derecho Romano clásico exigía un nexo material entre ambas obligaciones, en el sentido de que debían poseer el mismo objeto; pero no preocupaba la intención de las partes para crear ese nexo, siendo suficiente con que se hubieran efectuado los actos formalistas que implicaban novación.
Al respecto, Arangio Ruiz (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Op. cit., Página 443.) señala que en la estipulación novatoria se expresaba la vo-

En opinión de Malaurie y Aynès [39], desde que la novación entraña la extinción de una deuda y la creación de otra, ella constituye la renuncia a un derecho y como tal precisa del acuerdo de partes [40].

---

luntad de las partes de novar la obligación, pero una vez pronunciada la fórmula, ya no era de la voluntad de novar sino de la fórmula misma que derivaba el efecto jurídico.
De igual manera, anota Juan Iglesias (IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 130.) que "la voluntad de las partes da vida a la **stipulatio**, objetivándose en la forma y de la forma -sólo de ella- se produce, por determinación de la ley, el efecto jurídico novatorio."

(39) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 597.

(40) Adviértase que importando la novación la renuncia a un derecho, aquélla requiere de la capacidad plena de quienes pretenden novar obligaciones.
Al respecto, Borja Soriano (BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 621.) indica que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación, y el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito, ya que renuncia a su derecho primitivo.
Refiere Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 51.) que en Roma el que tenía suficiente capacidad para pagar podía novar. En el Código Civil Francés, la capacidad exigida es más importante, ya que quien nova una obligación no recibe el objeto de la deuda, sino otro en lugar de aquél, perdiendo el derecho a reclamar lo que la primera obligación conllevaba. La novación supone una renuncia y esto exige mayor capacidad.
En efecto, expresa Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 336.) que algunos autores consideran que para novar se necesita la capacidad requerida para el pago. Sin embargo, el pago es un acto de administración, en tanto que la novación es un acto de disposición, ya que no solamente importa la extinción de una deuda, sino la creación de una obligación nueva. Así, la novación exige en el acreedor capacidad para renunciar a la deuda primitiva y en el deudor capacidad para constituir la nueva obligación.
En este sentido, el Código Civil Argentino prescribe en su artículo 805: "Sólo pueden hacer novación en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar."
Pero, añade Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 337.), que la cuestión más interesante sobre la capacidad para novar se plantea cuando se trata de los representantes. Siendo la novación un acto de disposición es necesario que el representante o mandatario del acreedor o del deudor tenga poder especial para novar obligaciones.
A decir de Boffi Boggero (BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit.,

Henri, Léon y Jean Mazeaud [41] anotan que por implicar la novación la extinción de la obligación antigua y la creación de una nueva, aquélla requiere de la voluntad del acreedor y del deudor en este sentido. Precisan los autores citados que el consentimiento debe recaer igualmente sobre esa extinción y sobre tal creación, siendo eso lo que se llama **animus novandi**.

Según Héctor Lafaille [42], el **animus novandi** es la voluntad, el propósito de introducir modificaciones en la relación jurídica existente, capaces de alterar la situación de las partes, extinguiendo la obligación anterior para crear una nueva.

La intención de novar debe establecerse claramente, pues de lo contrario se entenderá que no hay novación y, por tanto, coexistirán dos obligaciones (la obligación primigenia y la nueva), estando el deudor obligado a efectuar el pago de ambas. Este es el riesgo que asume el deudor que no exprese con claridad la intención de novar una obligación.

Refieren Planiol y Ripert [43] que la intención de novar es indispensable, ya que si el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas; habrá creación de una deuda, pero sin la correlativa extinción de la otra.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta claro que para que exista novación se requiere que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación.

Tomo IV, Páginas 312 y 313.), la gravedad del acto novatorio hace indispensable que el representante voluntario tenga poderes especiales. Así lo exige expresamente el artículo 806 del Código Civil Argentino cuando establece: "El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales."

(41) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Páginas 461 y 462.

(42) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 335.

(43) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 349.

Pero, ¿significa esto que los contratantes tienen que declarar expresamente su intención de novar la obligación?

Pensamos que no.

La intención de novar no requiere ser necesariamente expresa, pero sí debe ser indubitable.

Es indubitable cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre **per se** la intención de novar.

Se exige, pues, una manifestación de voluntad inequívoca[44].

Así lo prevé la ley civil peruana en el segundo parágrafo del artículo 1277 -bajo comentario-: "Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."

Precisa Héctor Lafaille [45] que si la voluntad de las partes, en el sentido de novar, no está expresada en la nueva convención, solamente podrá reputarse que existe novación si ambas obligaciones son incompatibles entre sí. Ello, en razón de que la voluntad de novar no se presume [46].

---

(44) En opinión de los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.), no es indispensable que la voluntad de novar haya sido expresada por escrito; basta que resulte claramente de las circunstancias que hayan rodeado a la convención, de modo que los jueces tengan acerca de este punto un poder soberano de apreciación.
En este sentido, Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 350.) afirman que la intención de novar no necesita declararse expresamente por escrito; puede ser tácita y deducirse de la naturaleza del convenio o de sus circunstancias exteriores.

(45) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 334.

(46) Refiere Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 21 y 22.) que de acuerdo con los principios consagrados por el Derecho Romano en su último estado, adoptados también por el Código Napoléon y los que en él se han inspirado, la novación no se presume.
Según Salvat, respecto al acreedor, este principio se justifica plenamente, puesto que la novación implica la renuncia al derecho de exigir el cumplimiento de la primitiva obligación, y la voluntad de renunciar no solamente no se presume, sino que la interpretación de los hechos tendientes a establecerla debe ser restrictiva, siendo necesario, por consiguiente, que esa voluntad surja claramente de la convención o resulte incontestable de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. En cuanto al deudor, su voluntad de contraer una nueva obligación no puede presumirse.
Anotan Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 350.) que en virtud del artículo 1277 del Código Napoléon la novación no se presume; por tanto, los tribunales no deben fácilmente admitirla, y en la duda más vale establecer la existencia de la antigua obligación al lado de la nueva.
Añaden los citados tratadistas que al prescribir la ley que la novación "no se presume", la existencia de la novación sólo se acepta si se prueba, y para ello debemos recurrir al derecho común, puesto que no existe ninguna regla especial sobre los medios de prueba procedentes en caso de novación.
En efecto, la prueba de la novación, en tanto acto jurídico, puede efectuarse mediante cualquiera de los medios probatorios permitidos -en nuestro caso- por la ley procesal peruana.
Dichos medios probatorios, típicos y atípicos, contemplados por la ley procesal peruana, han sido examinados por nosotros con ocasión del análisis del artículo 1268 del Código Civil.

Manuel Borja Soriano [47] señala que cuando dos contratantes modifican o reemplazan una obligación por otra, para pretender que tal modificación importa novación, deben probar que ha habido intención de novar, esto es, que así lo han querido.

A decir de los Mazeaud [48], la persona que pretenda que un acto constituye una novación, está obligada a probarlo. La prueba del **animus novandi** debe ser presentada porque la novación no se presume; hay en esto una regla de prueba, no de forma, y por ello no es indispensable que la intención de novar haya sido expresada por escrito.

---

(47) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Páginas 620 y 621.

(48) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 462.

Añade Lafaille [49] que el hecho de que el **animus novandi** no se presuma no quiere decir que la voluntad de novar deba ser siempre expresa. Significa que la ley no entra a apreciar la voluntad sino en casos muy especiales, como lo es el de la incompatibilidad entre la primera y la segunda obligación.

Y León Barandiarán [50] agrega, citando a Salvat, que la voluntad de novar puede bien resultar de una manifestación expresa de voluntad (aunque no precise de términos sacramentales) o de los hechos mismos que revelen que se ha extinguido una obligación para crear otra nueva.

En nuestra opinión, un caso de incompatibilidad de obligaciones que permita suponer la intención de novar podría ser el que seguidamente mencionamos.

Un ingeniero constructor se obliga con el propietario de un edificio a levantar un departamento en los aires del último piso de dicho inmueble. La construcción original, sin embargo, sólo permite edificar un piso adicional sobre los aires del último piso, razón por la cual sólo será posible construir un departamento más. Antes de iniciarse la construcción del departamento, y a propuesta del dueño del edificio, ambas partes convienen que en dichos aires se construirá un auditorio. Si las partes no han expresado que han querido novar su obligación, esto no será obstáculo para que se entienda que ha habido novación, ya que la existencia de la obligación original -la de construir el departamento- es incompatible con la nueva obligación -la de construir el auditorio-, pues sobre el último piso del edificio solamente se podrá levantar uno más, el mismo que podría ser el departamento o el auditorio. Por tal razón, resulta evidente que la obligación de levantar un departamento ha sido novada.

(49) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Página 336.
(50) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 474.

– Formalidades.

El acuerdo mediante el cual acreedor y deudor convienen novar una deuda por otra no exige formalidad alguna.

La novación -enseña Giorgi [51]- no necesita de palabras rigurosas, sino que se contenta con cualquier frase idónea para manifestar la voluntad del acreedor de liberar de la obligación precedente al deudor, aceptando en su lugar la obligación nueva.

Pothier, citado por Demolombe [52], señala que no es preciso que el acreedor declare en términos formales que él entiende hacer novación; basta que de cualquier manera su voluntad de novar la obligación parezca tan evidente que no pueda ser revocada.

Por otra parte, la novación es un acto que por regla general se celebra consensualmente, vale decir, que no requiere, para su validez, del cumplimiento de formalidad alguna, o, dicho en otras palabras, que el consentimiento se exprese a través de cierta formalidad.

Según expresan Enneccerus, Kipp y Wolff [53], el contrato novatorio cae bajo el imperio de aquella disposición de forma cuando modifique -entiéndase sustituya o reemplace- obligaciones por razón de las cuales se dictó la disposición que impone la forma.

Sobre el tema, resulta de interés anotar que en el Derecho Romano de la época clásica [54], la novación debía celebrarse me-

(51) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Página 462.
(52) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 159.
(53) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Volumen I, Página 221.
(54) Refiere Eugène Petit (PETIT, Eugène. Op. cit., Página 53.) que la clasificación de la época clásica es aplicada, en general, al período que se extiende del reinado de Augusto a la muerte de Alejandro Severo, y de una manera más especial a los reinados de los

diante una forma solemne: aquella en la que se había contraído la obligación. Pero por requerir la estipulación de la forma a través de la cual se podía contraer toda clase de obligaciones, ésta se convirtió en la solemnidad que el acuerdo novatorio debía observar.

La extinción de las obligaciones -durante la época clásica del Derecho Romano- debía, necesariamente, efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación [55].

Ortolan [56] apunta que en el Derecho Romano la manera de extinguir obligaciones debía ser la misma en la que se habían formado tales obligaciones. Así, al igual que se contraía **per aes et libram**, se disolvía **per aes et libram**; la liberación **verbis** era propia de las obligaciones contraídas por palabras; la liberación **litteris**, de las obligaciones formadas por inscripción en el registro doméstico; y, en fin, la liberación por el solo consentimiento, de las que el solo **consensu** había producido.

Antoninos y de los Severos, es decir del siglo II a los primeros años del siglo III de nuestra era.

(55) Cabe recordar que en el Derecho Romano, el **vinculum iuris** podía contraerse mediante el acuerdo de partes expresado en un **pactum** o **conventio**, fuera éste uno **re, verbis, litteris** o **consensu**.
El contrato **re** no era sino una derivación del antiguo **nexum**, formado en base a la simple tradición de la cosa y utilizado en la celebración del **mutuum**, el **pignus** y el **depositum**. El contrato **verbis**, en cambio, era aquel cuya celebración requería de una interrogación solemne. Este contrato fue utilizado por los romanos para contraer toda clase de obligaciones.
La formación del contrato **litteris**, por su parte, se verificaba mediante la inscripción en registros domésticos -llamados **tabulae** o **codex**- de una cantidad que se suponía recibida. Este tipo de contrato fue utilizado sólo para contraer obligaciones de dar sumas de dinero.
Por último, el contrato **consensu** requería para su celebración tan sólo del consentimiento de las partes y fue utilizado en la celebración de la **emptio-venditio** (compra-venta o compraventa), la **locatio-conductio** (locación-conducción o arrendamiento), la **societas** (contrato de sociedad) y el **mandatum** (contrato de mandato).

(56) ORTOLAN, M. Op. cit., Páginas 99 y 100.

Ello determinó que la novación fuese un negocio jurídico formal. La obligación podía sustituirse con otra nueva en su lugar, pero para que se verificara esta sustitución no se podía emplear cualquiera de las formas de obligarse. La novación debía efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación primitiva.

No obstante, el modo generalmente utilizado para hacer novación fue la forma verbal de la **sponsio** o **stipulatio**, ya que mediante ella se podía extinguir cualquier obligación, reemplazándola con otra nueva contraída **verbis**.

En efecto, al ser la estipulación la forma de obligarse en virtud de la cual se podía contraer toda especie de obligaciones, no es extraño que fuese éste el medio más usado por los romanos en sus convenciones y, por tanto, la forma solemne de la novación.

Mackeldey [57] expresa que la novación debía hacerse, en el Derecho Romano, mediante un contrato formal, bien fuese verbal o literal.

Felippo Serafini [58] afirma que la novación requería de un contrato formal, que por el derecho antiguo era el contrato literal y por el justinianeo la estipulación.

Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet [59] señalan que la nueva obligación tenía que nacer de una **stipulatio**. Y agregan que posiblemente también podía nacer de una **transcriptio** (contrato **litteris**) mientras estuvo en vigor la institución del **codex acepti et expensi** y la **nomina transcriptitia**.

De igual manera, refiere Lagrange [60] que "la novación se

---

(57) MACKELDEY, Ferdinand. Op. cit., Página 467.
(58) SERAFINI, Felippo. Op. cit., Página 115.
(59) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Derecho Romano, Tomo II, Madrid, Edersa, 1986, Página 713.
(60) LAGRANGE, M. Eugenio. Op. cit., Página 436.

hace mediante estipulación, pero en el antiguo derecho, antes de caer en desuso los contratos literales, la novación podía también hacerse por las **nomina transcriptitia**."

A decir de Pietro Bonfante [61], la novación debía ser concertada mediante contrato formal. Esta forma, al menos en el Derecho nuevo, no podía ser más que la estipulación.

Juan Iglesias [62] añade que, según la opinión hoy dominante, para verificar la novación sólo había un medio: la **stipulatio**.

Dentro de tal orden de ideas, recuerda Ortolan [63] que una de las formas quiritarias de obligarse consistía en una interrogación solemne (**stipulatio**), seguida de una respuesta conforme y congruente (**responsi**). Esta interrogación y esta respuesta utilizaban palabras solemnes y términos consagrados: ¿**spondes**? **spondeo**; de donde se ha dado a esta solemnidad el nombre particular de **sponsio**.

Sobre el tema, anota Eugène Petit [64] que la **sponsio** era una de las formas más antiguas a través de la cual los romanos contraían obligaciones. La **sponsio** consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta del deudor: ¿**Spondere, spondesne**? **spondeo**. Pero, a medida que la **sponsio** tomó extensión, el uso de fórmulas consagradas dejó de ser necesario para la validez del pacto, recibiendo esta figura un nombre más acorde con su función, a saber: **stipulatio**. La pérdida de religiosidad y solemnidad de la estipulación hizo de esta figura uno de los medios más usados por los romanos para dar fuerza obligatoria a cualquier clase de convención, incluyendo a la novación.

(61) BONFANTE, Pietro. Instituciones de Derecho Romano, Madrid, Instituto Ed. Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., 1959, Página 428.
(62) IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 129.
(63) ORTOLAN, M. Op. cit., Página 96.
(64) PETIT, Eugène. Op. cit., Páginas 320 y siguientes.

Agrega Petit [65] que durante el bajo imperio (del año 225 al año 565 de la era cristiana), el acuerdo de partes se perfeccionaba mediante una interrogación que, formulada oralmente por el acreedor, debía resumir con claridad el objeto del contrato, sin importar los términos utilizados.

Con el tiempo -señala Ortolan [66]- esta forma de obligarse fue accesible a los **peregrini** (extranjeros) y admitió otras especies de interrogaciones, propias del derecho de gentes: ¿**promitis**? **promitto**; ¿**dabis**? **dabo**. Más tarde desaparece incluso el carácter de la fórmula y hasta el griego era admitido en la estipulación; una de las partes podía interrogar en latín, y la otra responder en griego: bastaba que la interrogación y la respuesta estuvieran conformes, cualesquiera fuesen las expresiones. Tal es el contrato que los romanos decían formado **verbis**.

En cuanto a la formalidad de la estipulación novatoria, refieren Arias Ramos y Arias Bonet [67] que se desconocen con exactitud las fórmulas en ella empleadas, mientras se mantuvo el rigor formal del contrato **verbis**. Pero es evidente que de su peculiar redacción destacaría entonces la figura de la novación de otras estipulaciones aparentemente similares.

La estipulación como forma de la novación, sin embargo, fue dejada de lado durante el Derecho Justinianeo.

Demolombe [68], por su parte, afirma que, liberada la novación de los lazos del viejo formalismo romano, aquella se convirtió en un convenio como cualquier otro, pudiendo desde entonces actuar su existencia y sus efectos en la voluntad común de las partes.

Según anota Juan Iglesias [69], decaída la forma -la solemni-

(65) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 334.
(66) ORTOLAN, M. Op. cit., Páginas 96 y 97.
(67) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. Op. cit., Tomo II, Páginas 713 y 714.
(68) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 159.
(69) IGLESIAS, Juan. Op. cit., Página 130.

dad de los contratos **verbis**-, la extinción de la obligación se infiere sin más de la voluntad de novar, esto es, del **animus novandi**: **voluntate solum esse, non lege novandum**. Si falta la intención manifiesta de novar, la **prior obligatio** subsiste, acumulándose a ésta el crédito naciente de la nueva estipulación.

De igual manera expresa Bonfante [70], en fin, que es necesaria la intención efectiva de novar, o sea de renovar la obligación anteriormente contraída; y esta intención, según lo que el Derecho Justinianeo ha establecido, se debe declarar expresamente, pues en caso contrario se entiende constituida la obligación y no simplemente novada la antigua. La novación debe ahora efectuarse **voluntate non lege**.

En el Derecho moderno, y singularmente en el Código Peruano de 1984, sería discutible que la novación, en numerosos casos, exigiera, para su validez, del requisito de forma, porque tal solemnidad no está impuesta por la ley, como sí ocurre con otros modos de extinción de las obligaciones, tales como la transacción.

Cabe recordar, por lo demás, que el Código Civil, en su artículo 1413, establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Debemos reparar en que este numeral, si bien menciona a las modificaciones, no alude a las regulaciones ni a la extinción del contrato original.

En tal sentido, podría interpretarse que la regulación del contrato original no requeriría de formalidad alguna, en la medida en que las partes no estarían variando sus términos, sino solamente efectuando precisiones en relación con dicho acto jurídico.

Por otra parte, respecto a la extinción del contrato original, el artículo 1413 tampoco ha establecido la necesidad de formalidad

---

(70) BONFANTE, Pietro. Op. cit., Página 429.

especial alguna, razón por la cual podría entenderse que, para estos efectos, también existe libertad de forma.

Sin embargo, en nuestro medio se ha sostenido la opinión contraria [71].

---

(71) El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III, Páginas 478 y 479.) afirma que debe entenderse que el artículo 1413 también comprende a los actos regulatorios o extintivos. En adelante, sus palabras:
"Conviene hacer una precisión previa. El artículo 1413 no se refiere, en realidad, a la modificación del contrato, desde que, como se ha visto, el contrato desaparece una vez que ha creado (regulado, modificado o extinguido) la relación jurídica patrimonial, que es la que regula las obligaciones que constituyen dicha relación. Consecuentemente, lo que es materia de la modificación posterior a la celebración del contrato es la relación jurídica patrimonial creada por él.
El artículo 1413 del Código Civil obedece a razones de una lógica irrebatible. Si legal o convencionalmente se impone una forma determinada, sea **ad probationem** o **ad solemnitatem**, para la celebración de un contrato es, principalmente, porque se considera necesario o conveniente que las partes reflexionen sobre las obligaciones que están asumiendo y también para contar con una prueba de la celebración del contrato. Si es que en un momento, durante la vida de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, las partes deciden modificar esta relación, deben hacerlo con la misma reflexión con que procedieron a formarla o contar con un instrumento de similar valor constitutivo o probatorio que aquél en que consta el contrato original.
La única observación que cabe hacer al artículo 1413 del Código Civil es que si el artículo 1351 del mismo Código establece que el contrato es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, se haya limitado el respeto de la forma del contrato original sólo para la modificación de dicha relación, y no para su regulación y extinción, desde que las razones son exactamente las mismas.
Pienso que la acción jurisprudencial debe orientarse a suplir esta deficiencia del artículo 1413. El planteamiento de que la formalidad del contrato es una excepción al principio general del consensualismo, podría dificultar esta labor jurisprudencial, ya que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Podrían los jueces, sin embargo, invocar que no se trata aquí de una aplicación de la analogía sino de la interpretación exten-

Pero la novación nos plantea un problema diverso.

Cuando nos referimos a la modificación de una relación contractual, no estamos necesariamente aludiendo al tema de la novación.

Modificar la relación contractual no significa necesariamente novar las obligaciones en ella contenidas, pues podría tratarse de cambios en las relaciones obligatorias de la naturaleza de aquellas mencionadas en el artículo 1279 del Código Civil, vale decir,

---

siva, que supone un caso no comprendido en la letra de la norma, pero sí en su espíritu (que es diferente, como se ha visto al comentar el artículo 1398 del Código Civil, del procedimiento analógico)."
Por nuestra parte, discrepamos del parecer del maestro Manuel de la Puente, por considerar que el artículo 1413, al ser una norma restrictiva, no puede interpretarse analógicamente.
Más allá de lo que haya sido la voluntad del legislador, debemos asumir que el artículo bajo comentario no extiende sus efectos ni a los contratos regulatorios, ni a los contratos extintivos, en cuanto al seguimiento de la formalidad requerida para el contrato original.
Tal supuesta omisión (aunque haya sido involuntaria) sí tiene sentido, porque no es lo mismo modificar los términos de una relación contractual, vale decir variarlos, en el ánimo de que las partes sigan relacionadas entre sí, que regular dicha relación contractual, pues tal regulación no implica modificación de términos sino precisión de los mismos.
Desde una óptica similar, la extinción de la relación contractual tiene una naturaleza totalmente distinta que su modificación, en tanto que cuando las partes extinguen una relación contractual, no van a seguir jurídicamente relacionadas entre sí; lo que buscan, simple y llanamente, es poner término (fin) a la relación que las unía, y es respecto a esta relación original que la ley establecía una forma solemne, para llevarlas a meditar sobre el acto que estaban celebrando. Pero con la extinción de dicha relación contractual no debe seguirse el mismo razonamiento, en la medida en que las partes no buscan relacionarse entre sí con algún acto para el cual la ley considere que deben meditar o reflexionar. Para celebrar ese acto ya meditaron lo suficiente, y lo celebraron. Aquí lo único que está ocurriendo es un paso adicional: arrepentirse de haberlo celebrado. Y para ese arrepentimiento (posterior a la celebración del acto), la ley no debe exigir formalidad alguna, porque lo que las partes buscan es volver el estado de cosas a como se encontraban antes de celebrar el acto que desean extinguir.

de modificaciones accesorias, las mismas que, como ya ha sido expresado, no generan novación.

De esta forma, queda claro que no toda modificación a una relación contractual importa un acuerdo novatorio.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si un acuerdo novatorio implica, necesariamente, la modificación de la relación contractual.

Prima facie podría pensarse que sí. Pero no olvidemos que la novación significa de por sí la extinción de una obligación y la creación de una nueva. Y en materia contractual la novación incluso puede originar la extinción de todas las obligaciones del contrato primigenio y su sustitución por otras derivadas de una fuente distinta. Es el caso típico de la novación objetiva por cambio de título.

En el supuesto de que la novación recaiga sólo sobre una de las obligaciones de la relación contractual, se habría producido la extinción de esa obligación y el nacimiento de una nueva, en tanto que las demás obligaciones subsistirían inalteradas. Aquí podríamos hablar de que esa novación implica una modificación de la relación contractual, por haberse producido la extinción de una de las obligaciones y su sustitución por una nueva y, por tratarse de un contrato modificatorio, sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, ya que las modificaciones del contrato original (impliquen o no novación) deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Sin embargo, en el supuesto de un contrato referente a toda la relación contractual, que produzca novación de la integridad de la misma (por ejemplo, una novación objetiva por cambio de título), sería evidente que nos encontramos ante un contrato extintivo y a la vez creador de obligaciones. Tratándose de un contrato extintivo, y sobre la base de lo señalado anteriormente, no requeriría seguir la forma prescrita para el contrato original.

Pero en tanto contrato generador de nuevas obligaciones,

tendremos que analizar si esa nueva relación contractual que se crea exige para su nacimiento de una formalidad solemne impuesta por la ley o autoimpuesta por las partes. Si este fuese el caso, ese nuevo contrato novatorio requeriría seguir esa formalidad. En caso contrario, el contrato novatorio a que hacemos referencia tendría libertad de forma, vale decir, incluso podría celebrarse con el solo consentimiento de las partes.

En este punto estimamos pertinente referirnos a la posibilidad de que este tema sea susceptible de vincularse con lo dispuesto por la ley respecto al mutuo disenso.

Entendemos que las doctrinas relativas a la forma del mutuo disenso, cuando la relación contractual que se quiere dejar sin efecto ha requerido de una formalidad solemne para su nacimiento, no resultan aplicables al tema de la novación, por cuanto a través del mutuo disenso lo que las partes buscan es dejar sin efecto la relación contractual, sin pretender la creación de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas extinguidas. Lo único que persiguen es dejar sin efecto las que crearon anteriormente. Por ello, dada la diversa naturaleza del mutuo disenso y de la novación, entendemos que a ambas figuras les son aplicables principios propios y no comunes.

Finalmente, debemos mencionar los principios de la forma en los supuestos de novación subjetiva.

En tales supuestos, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus modalidades: por delegación o por expromisión), la relación contractual no se modifica, pues el contenido de las obligaciones nacidas del contrato originario se mantienen inalterables. En este sentido, no podría sostenerse que una novación subjetiva implica la modificación de las prestaciones, objetivamente consideradas, del contrato original, razón por la cual descartaríamos la aplicación del principio establecido por el artículo 1413, norma que, lo reiteramos, prescribe que las modificaciones al contrato deben efectuarse en la misma forma prescrita para él.

Claramente, un supuesto de novación subjetiva significa la sustitución de una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones nacidas del contrato originario o, en su caso, de una de las partes en todas las obligaciones nacidas de dicho contrato.

Sin embargo, hacemos la salvedad de que no consideramos a este supuesto como uno de modificación del contrato, pues en la doctrina y dentro del marco legislativo peruano, sólo se entiende que hay modificación de la relación contractual en sentido objetivo, vale decir, cuando se producen cambios en el contenido de las obligaciones o en las obligaciones propiamente dichas; no así cuando lo que varía es alguna o algunas de las partes de la relación contractual. De esta forma, cuando nos encontramos ante la presencia de figuras tales como la cesión de posición contractual o contrato por persona a nombrar en el que efectivamente se produzca dicho nombramiento, hablaremos de una sustitución de las partes en el contrato (relación contractual), pero no de la modificación del contrato mismo.

No obstante lo señalado, debemos precisar que cuando una de las partes se sustituye en todas las obligaciones nacidas del contrato originario, se produce no sólo la extinción de dichas obligaciones, sino también la extinción del contrato originario y el nacimiento de uno nuevo. Ahora bien, este último (el nuevo contrato) deberá observar la formalidad prescrita por la ley o la autoimpuesta por las partes para su validez, de ser el caso.

Como vemos, el tema de la forma en la novación requiere de principios especiales, en tanto que no le resultan de estricta aplicación aquellos relativos a la forma del contrato.

– *Efectos*.

En adelante, vamos a referirnos a los efectos de la novación, los mismos que, en opinión nuestra, serían los siguientes -en cualquiera de sus formas: objetiva o real (por cambio de objeto o de causa-fuente de la obligación) o subjetiva o personal (por cambio de acreedor o deudor):

(a) *Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva.*

La novación es una operación única de doble efecto, a saber: un efecto extintivo y otro creador de obligaciones.

A decir de José León Barandiarán [72], la novación es un instituto jurídico de carácter difórmico, pues de un lado extingue una obligación y de otro lado genera una nueva obligación.

Messineo [73] considera que la sustitución de una obligación nueva y la extinción de la obligación originaria, son efectos interdependientes e inseparables o, mejor, un efecto único, complejo; y, por consiguiente, no tiene sentido preguntarse si se verifica antes la extinción o la sustitución de la nueva obligación.

Héctor Lafaille [74] expresa que apenas es necesario insistir respecto de que la novación envuelve en primer término la extinción de un derecho creditorio, el cual debe quedar irremisiblemente sin efecto, y al propio tiempo determina el nacimiento de un nuevo nexo obligatorio.

En opinión de Guillermo Suárez [75], el objeto y razón de la novación es la destrucción o anulación del vínculo existente, creando en su lugar uno nuevo, ya sea entre los mismos acreedor y deudor, o entre personas diferentes.

Añade el citado autor que en virtud de la novación nace una nueva obligación, y la primera desaparece dejando su lugar a la segunda. Pero la extinción de una obligación y el nacimiento de otra no son actos aislados el uno del otro; están

(72) LEON BARANDIARAN, José. En Torno a la Novación Objetiva. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1988, Página 3.
(73) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 401.
(74) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 382.
(75) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 294.

íntimamente ligados entre sí. Por la novación nace una obligación porque la otra se extingue; y la primera se extingue porque la nueva nace.

Planiol y Ripert [76] anotan que no se nova una deuda sino para reemplazarla por otra y no se crea ésta sino para sustituir a la otra.

En efecto, la creación de la nueva obligación tiene por finalidad la extinción de una anterior y viceversa. Por ello, la novación supone la extinción de una obligación por la creación de otra y la creación de una obligación para la extinción de otra preexistente.

Sobre la base de estas consideraciones, podría pensarse que la extinción de la obligación primigenia es causa-fuente de la creación de la nueva obligación. Sin embargo, el nacimiento de la nueva deuda tiene como origen el acuerdo novatorio.

La novación -precisa Lafaille [77]- tiene por fin inmediato poner término a un derecho y dar nacimiento a otro. Tal es la orientación de la voluntad, del deliberado propósito, que se conoce en doctrina con el nombre de **animus novandi**.

Agrega Lafaille [78] que el segundo derecho no surge del primero, aun cuando este último suela considerarse como la causa, o mejor dicho, la fuente del nexo jurídico que subsiste. El nuevo derecho tiene su origen en el acto novatorio, que pone fin al uno para dar vida al siguiente.

Por otra parte, Henri, Léon y Jean Mazeaud [79] señalan que

(76) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 352.
(77) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 383.
(78) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 381.
(79) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 458.

por sus efectos, la novación debe distinguirse de otras operaciones jurídicas; la creación de una obligación nueva entre personas unidas por un vínculo de derecho no constituye una novación cuando subsiste la obligación antigua; tampoco lo es la extinción de una deuda antigua sin creación de una obligación nueva; la simple confirmación de una obligación anterior, o la doble operación por la cual las partes extingan una deuda y creen otra nueva, sin nexo con la anterior, suelen ser -en apariencia- muy semejantes a la novación y no difieren de la misma más que por la intención de las partes.

Ahora bien, Laurent [80] se pregunta si el efecto de la novación, es decir, la liberación del deudor en virtud de la extinción de la obligación, está subordinado al cumplimiento efectivo de la nueva deuda.

Anota Laurent que generalmente se enseña que no, y no vemos ningún problema en esto, pues es una consecuencia propia de la novación. La extinción de la obligación anterior se produce de manera definitiva y sin depender del futuro cumplimiento de la nueva.

El efecto extintivo y creador de obligaciones de la novación no se verifica, sin embargo, en los siguientes casos:

- Cuando la obligación original se nova por otra sujeta a condición suspensiva y dicho acontecimiento no se produce. Este es el supuesto al que alude el parágrafo primero del artículo 1284 del Código Civil.

- Cuando la obligación primitiva fuese nula, en cuyo caso no opera la novación. Es la hipótesis prevista en el parágrafo primero del artículo 1286 del Código Civil.

- Cuando la obligación fuese anulable y el deudor, desconociendo el vicio, asume la obligación (**contrario sensu** del segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil).

- Cuando la obligación primigenia se declarase nula o fuese anulada. Este es el supuesto previsto en el artículo 1287 del Código Civil.

(80) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 349 y siguientes.

Precisa observarse que, en el caso de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor fuese anterior y pública al acuerdo novatorio, o conocida por el deudor al delegar su deuda (supuesto del segundo parágrafo del artículo 1283 del Código Civil), tampoco se verificaría el efecto extintivo y creador de obligaciones. Esto, sin embargo, no es así, pues en tal hipótesis el deudor primitivo responde en calidad de garante por la nueva obligación y no en virtud de la primera relación obligatoria ya extinguida.

En tal orden de ideas, cabe señalar que aun existiendo pluralidad de sujetos en la obligación primigenia, la novación origina iguales consecuencias, esto es, la extinción del primer vínculo jurídico y la creación de otro.

No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles y solidarias es menester efectuar algunas precisiones.

* *Novación de obligación indivisible.*

(i) Supuesto de pluralidad de acreedores.

Si la obligación es indivisible y el deudor común conviene con uno de los coacreedores en novar dicha obligación, ésta se extingue sólo para el acreedor que participó en el acuerdo novatorio. Esto es, el vínculo jurídico no se extingue respecto de los demás coacreedores (artículo 1179 del Código Civil).

Sin embargo, para que los demás coacreedores puedan exigir al deudor el cumplimiento de la prestación original, deberán primero reembolsar al deudor el valor de la parte de la prestación correspondiente al acreedor que novó, o garantizar dicho reembolso. De este modo, el deudor que novó parte de la obligación indivisible no asumirá un doble pago [81].

(ii) Supuesto de pluralidad de deudores.

Si la obligación es indivisible y el acreedor común conviene con uno de los codeudores en novar dicha obligación, ésta se extingue respecto a los demás codeudores. Sin embargo, en las relaciones entre el deudor que practicó tal acto y sus codeudores, estos responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. Ello porque la norma prevista en el artículo 1188 del Código Civil resulta aplicable a este supuesto. Así lo establece el artículo 1181 del Código Civil [82].

---

(81) **Artículo 1179**.- "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás acreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso...".
Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1179 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 160 a 164.).

(82) **Artículo 1181**.- "Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos ...1188...".
Artículo 1188.- "La novación... entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.
En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:
1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación...".
Remitimos al lector, asimismo, a los comentarios que efectuamos al analizar los preceptos anotados (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 275 a 277.).

* *Novación de obligación solidaria.*

A decir de Héctor Lafaille [83], si la obligación es solidaria y uno de los titulares del crédito nova por acuerdo con el deudor, el vínculo se extingue respecto de todos los restantes codeudores.

La solidaridad -precisa Lafaille- funciona como si el ligamen estuviera trabado con una sola persona, activa o pasivamente; y es por ello que permite a cualquiera de los interesados comprender a los demás, bien sea para comprometerlos o liberarlos.

En el régimen peruano, sin embargo, los efectos de la novación de una obligación solidaria -según se trate de un supuesto de solidaridad activa o pasiva-, así como las relaciones internas entre quien novó la obligación y sus coacreedores o codeudores, según el caso, se rigen por sus propios principios, los mismos que pasamos a detallar.

(i) Supuesto de solidaridad activa.

Es claro que si el deudor y uno de los coacreedores convienen en novar la totalidad de la obligación solidaria, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores.

Pero, según lo prescrito por el artículo 1190 del Código Civil, en las relaciones internas el acreedor que novó la obligación responde ante los demás ex-coacreedores por la parte que correspondía a cada uno de ellos en la obligación primigenia. Adviértase que el íntegro del crédito no sólo pertenecía a quien novó la obligación, de allí que los demás coacreedores puedan repetir contra éste último.

---

(83) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 395.

Este principio se exceptúa, sin embargo, cuando la obligación primitiva se hubiese contraído en interés exclusivo del acreedor que participó en el acuerdo novatorio. En este caso, dicho acreedor no responde frente a sus ex-coacreedores.

Ahora bien, precisa anotarse que si la novación se hubiese limitado a la parte que correspondía al acreedor que participó en el acuerdo novatorio, la obligación sólo se extingue respecto a dicha parte, de suerte tal que el deudor queda liberado únicamente en cuanto a esa parte y continúa obligado frente a los demás coacreedores por la diferencia. Así lo establece el segundo parágrafo del artículo 1190 del Código Civil [84].

(ii) Supuesto de solidaridad pasiva.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor común y uno de los deudores sobre la totalidad de la obligación solidaria, libera a los demás codeudores y sólo obliga al cumplimiento de la nueva obligación al deudor que novó la deuda primigenia.

En las relaciones internas, sin embargo, los ex-codeudores pueden elegir entre cumplir con el deudor que novó por la parte a la que se habían obligado originalmente o por la proporción que les correspondería en la nueva obligación. Ello, en virtud a lo prescrito por el inciso primero del artículo 1188 del Código Civil.

---

(84) **Artículo 1190**.- "... Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."
Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados al analizar el precepto anotado (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 160 a 164.).

No obstante, si la novación se hubiera limitado a la parte que correspondía a uno de los deudores, la obligación se extingue sólo en cuanto a dicha parte, de modo que los otros codeudores continúan obligados respecto a la parte restante de la obligación original. Así lo establece el artículo 1189 del citado cuerpo legal [85].

(b) *Sobre el destino de las garantías de la obligación novada.*

Si la novación determina la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte.

A decir de Héctor Lafaille [86], al desaparecer la obligación preexistente, cesan de igual modo las garantías relativas a ella, sean de índole personal o real (fianzas, prendas, hipotecas y anticresis).

La ley civil peruana legisla sobre la intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación en el artículo 1283: "En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida...".

Esta regla, sin embargo, podría admitir ciertas excepciones, a saber:

1) Tratándose de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (argumento del parágrafo segundo del artículo 1283 del Código Civil).

---

(85) **Artículo 1189**.- "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."
Remitimos al lector a los comentarios anotados al analizar este precepto (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 292 a 296.).

(86) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.

2) Cuando se trate de una novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real prestada por el propio deudor (como lo veremos en el análisis del artículo 1283 del Código Civil).

3) Cuando se trate de una novación objetiva con garantía real prestada por el propio deudor (supuesto discutible, que podría constituir excepción en algunos casos, como también lo veremos al estudiar el numeral 1283).

4) Cuando los contratantes pactan conservar en la nueva obligación las garantías de la obligación novada (parágrafo primero del artículo 1283 del Código Civil).

5) En los casos de novación legal, sea que opere de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial, según veremos más adelante.

En lo relativo a la conservación convencional de las garantías, expresa Lafaille [87] que el principio según el cual la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias, es susceptible de modificarse cuando interviene un pacto expreso. Pero para que dicha salvedad sea eficaz, no sólo ha de ser categórica, sino también manifestada previamente o de manera simultánea a la voluntad de novar.

La ley peruana exige, para estos casos, "pacto expreso". Así lo establece el artículo 141, **in fine**, del Código Civil, al prescribir que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige manifestación expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Precisa anotarse, en adición, que si bien la ley faculta a las partes a conservar las garantías de la obligación primigenia para la nueva -cuando así lo hubiesen pactado-, dicha estipulación sólo resultaría posible en dos supuestos:

---

(87) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.

* Cuando el garante es el propio deudor y no un tercero.

Planiol y Ripert [88], al comentar el artículo 1278 del Código Napoléon, anotan que la ley parece conceder al acreedor, en términos absolutos, la facultad de conservar, sin el consentimiento de ninguna otra persona, los privilegios e hipotecas de su antiguo crédito, pero tal precepto supone el caso común, en el cual el acreedor cuenta con tales garantías solamente sobre los bienes de su deudor, con quien conviene la novación: en este caso la reserva impuesta al acreedor es aceptada por el propietario de los bienes gravados.

En opinión de Lafaille [89], cuando la garantía hubiera sido constituida por el mismo obligado, el acreedor puede conservar dicha garantía haciendo reserva expresa y aun prescindiendo del asentimiento del deudor, pues el mantenimiento de las garantías, en las circunstancias que regían, no le irroga daño alguno. Así lo dispone el artículo 803 del Código Civil Argentino: "La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha."

Adviértase que el régimen peruano requiere para la conservación de las garantías el acuerdo de partes y no solamente una declaración unilateral de voluntad por el acreedor (argumento del artículo 1283 del Código Civil).

* Cuando las garantías han sido prestadas por un tercero y éste asiente en asegurar el cumplimiento de la nueva obligación.

---

(88) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 353.

(89) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 393.

Si el garante real o personal es persona distinta del deudor, resulta claro que la novación celebrada entre acreedor y deudor libera los bienes que aquél hubiese gravado, o, en su caso, su propia garantía personal. Por esta razón, sólo con su asentimiento podrían conservarse tales garantías.

A decir de Planiol y Ripert [90], las garantías reales otorgadas por terceros pueden ser conservadas por el acreedor, pero únicamente con el consentimiento del propietario de los bienes que las soporten. El propietario de los bienes gravados tiene un derecho adquirido resultante de la novación realizada para beneficiarse con la liberación de sus bienes; en consecuencia, solamente con su asentimiento pueden mantenerse estas garantías.

Añaden los citados tratadistas que, si los fiadores a quienes liberara la novación habían consentido en responder por una deuda determinada, como se modifica ésta, es necesario obtener nuevamente su asentimiento, pues, en definitiva, lo que se les pide es una nueva fianza. Por tanto, el acreedor únicamente conservará la acción en su contra si aceptan la nueva obligación.

En opinión de Laurent [91], si se extingue la primera deuda respecto a la cual los fiadores se habían obligado, la fianza podrá prolongarse en una deuda nueva, sólo en virtud de un nuevo asentimiento de éstos, ya que nadie puede asumir una obligación sin haberla aceptado previamente.

Agrega Laurent [92] que la novación hecha respecto al deudor principal libera a los fiadores, pues considera imposible que la obligación accesoria de la fianza sobreviva a la obligación principal, aun cuando el fiador fuese solidario, ya que su

(90) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 353.
(91) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 253.
(92) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 351.

compromiso accesorio cae con el compromiso principal del deudor.

No obstante lo señalado, Laurent estima posible que el acreedor y uno de los fiadores solidarios acuerden novar la obligación primitiva, pues el fiador es libre de cargar con la deuda al novarla, y si bien ni la ley ni la doctrina han previsto su solución, ella no reviste dificultad alguna, ya que la deuda se extinguiría para el deudor principal y los cogarantes, en tanto que el fiador que novó la deuda responderá frente al acreedor respecto del nuevo crédito.

Lafaille [93], por su parte, anota que el artículo 811 del Código Civil Argentino prescribe que "La novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal", y que, al respecto, la nota de este Código señala que el garante puede pagar por el deudor principal, y de igual manera, novar la deuda, con lo cual ella deja de existir.

En efecto, si el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor y uno (o todos) los fiadores tiene por finalidad sustituir la obligación originaria por otra, tal novación afectará al deudor principal y, de ser el caso, a los demás fiadores. De lo contrario, esto es, si el objeto de la novación fue únicamente liberar a uno de los fiadores, los demás fiadores -y evidentemente el deudor- continuarán obligados frente al acreedor. Cabe advertir, sin embargo, que si la liberación efectuada en favor de uno de los fiadores no cuenta con el asentimiento de los otros, ella aprovecha a todos los fiadores, hasta donde alcance la parte del fiador en cuyo favor se efectuó tal liberación.

(c) *Sobre los accesorios de la obligación novada.*

Expresan Planiol y Ripert [94] que el efecto extintivo de la

(93) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 393.
(94) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 352.

novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios.

Laurent [95] indica que la novación extingue la deuda anterior con los accesorios que le corresponden, efecto común a todos los modos de extinción de las obligaciones. Pero agrega que hay una diferencia considerable entre la novación y los otros modos extintivos de obligaciones: en el momento en que la deuda anterior se extingue, nace una nueva deuda, que ocupa el lugar de la anterior, deuda que -en principio- es un crédito puro y simple, ya que ésta no tiene necesariamente la naturaleza, privilegios, accesorios, garantías o efectos de la obligación que se extinguió.

Héctor Lafaille [96], a su turno, precisa que cuando desaparece la obligación preexistente no subsiste ninguno de los accesorios, de suerte que esta consecuencia se extiende a los privilegios, intereses y cláusulas penales.

Para Jorge Eugenio Castañeda [97], son efectos de la novación:

- Que los intereses producidos por la deuda novada dejen de correr.

- Que los intereses devengados no sean debidos, por cuanto se extinguen [98].

(95) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 349.
(96) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo I, Página 392.
(97) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 233 y 234.
(98) Discrepamos de Castañeda en este extremo, ya que si bien la deuda de intereses requiere para su nacimiento de la existencia previa de una obligación principal -de la cual aquélla es accesoria-, a partir de entonces adquiere autonomía. Por ello, la extinción de la obligación principal no conlleva la extinción de la deuda de intereses. Esta última constituye, en opinión nuestra, una excepción al principio que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar la materia (OSTERLING PARODI, Felipe y

- Que concluyen los efectos de la mora; no sólo los efectos que se producirían en el futuro, sino los que ya la mora hubiera generado.

- Que se extinguen los efectos de la cláusula penal; y si la cláusula penal ya fuera exigible por el retardo en el cumplimiento de la obligación, con la novación la cláusula penal resultaría inexigible.

- Que los privilegios de la primera obligación terminan, sin poder ser trasladados por la novación a la segunda obligación.

  Los privilegios -señala Castañeda- son creados por la ley; no pueden ser extendidos analógicamente; son atribuidos a determinados créditos en razón de la calidad y naturaleza de éstos; por tanto, las partes no los pueden crear ni trasladar a otros créditos a los cuales la ley no los concede.

- Que las excepciones susceptibles de deducirse contra el acreedor en virtud de la primera obligación novada no pueden ser opuestas a dicho acreedor al exigir éste el cumplimiento de la segunda obligación.

(d) *Sobre las obligaciones de saneamiento.*

Si las partes acordasen novar el objeto de la obligación primigenia por otro y éste tuviera vicios ocultos o se perdiese por evicción, cabría preguntarse qué derechos asisten al acreedor.

Por entrañar la novación un contrato extintivo de obligaciones, es claro que el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la obligación original. Sin embargo, siendo la

CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo V, Páginas 286 y siguientes.).

novación un contrato al que son aplicables las normas referentes al saneamiento, sin lugar a dudas asistirá al acreedor el derecho a ser indemnizado por los vicios ocultos que el nuevo bien presentase al momento de la transferencia o por evicción.

Si el crédito anterior se ha extinguido definitivamente por novación, evidentemente las relaciones entre deudor y acreedor se determinan por la nueva deuda. Esto es, si **Primus** debe a **Secundus** una tonelada de arroz y ambos acuerdan novar la deuda sustituyendo su objeto por una tonelada de azúcar, las cuestiones relativas al saneamiento sólo recaerían sobre el nuevo objeto de la obligación y no sobre el primero.

(e) *Sobre la teoría del riesgo.*

Luego de haberse pactado la novación, los alcances del artículo 1138 del Código Civil -que recoge la teoría del riesgo- sólo serían aplicables, sin duda, ante la eventual pérdida del bien objeto de la nueva obligación hasta antes de su entrega.

Adviértase que, si se ha producido la novación, la pérdida del bien objeto de la primera deuda (ya extinguida) no afectaría a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar el artículo 1138 del Código Civil [99].

(f) *Sobre el reconocimiento de las obligaciones.*

Si, luego de haberse celebrado un acuerdo novatorio, se presentara un supuesto de eventual reconocimiento de una

---

(99) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Páginas 38 a 62.

obligación, dicho reconocimiento sólo podría recaer sobre la nueva deuda y no sobre la primigenia ya extinguida.

Aquí también remitimos al lector a los comentarios anotados por nosotros al analizar el artículo 1205 del Código Civil [100].

(g) *Sobre la cesión de derechos.*

En lo relativo a la transmisión de las obligaciones mediante cesión de derechos, precisa anotarse que, luego de producida una novación -en cualquiera de sus formas-, el acreedor sólo podría ceder a un tercero cesionario su derecho de crédito sobre la nueva obligación.

Remitimos al lector, asimismo, a nuestros comentarios sobre los artículos 1206 y siguientes del Código Civil [101].

(h) *Sobre los efectos generales de las obligaciones.*

Es claro que, luego de haberse pactado la novación, los alcances de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, ya analizados [102], resultarían aplicables a la nueva relación obligatoria y no a la anterior.

(i) *Sobre el pago y sus diversas formas.*

Si el crédito original se extingue definitivamente por novación, la única obligación exigible es la nueva deuda resultante del acuerdo novatorio. Por esta razón, todas las disposiciones generales del pago y aquellas especiales que rigen el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación y el pago indebido,

---

(100) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 421 y siguientes.
(101) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 457 a 496.
(102) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 15 y siguientes.

son aplicables a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Ver, sobre la materia, nuestros comentarios a los artículos 1220 y siguientes del Código Civil [103].

(j) *Sobre otros medios extintivos de obligaciones.*

Si luego de producida la novación, acreedor y deudor quisieran recurrir a un medio extintivo de obligaciones distinto al pago, bien podrían compensar, condonar, transigir o convenir mediante mutuo disenso la extinción de la deuda. Tales actos, sin embargo, siempre deberán referirse a la nueva obligación surgida del acuerdo novatorio.

En lo referente a la consolidación, precisa señalarse que, si se hubiese producido un acuerdo novatorio y el cumplimiento de la nueva obligación subsistiera, la consolidación operaría si se confundieran en la persona del deudor o del acreedor de la nueva obligación (nacida de dicho acuerdo) las calidades contradictorias de acreedor o de deudor, respectivamente.

Por otra parte, y en lo relativo a la dación en pago, anotamos que, aun considerando que al celebrarse una dación en pago se está concertando -en rigor- una novación objetiva, las partes que hubiesen novado la obligación podrían luego celebrar un nuevo acuerdo novatorio o de dación en pago (lo que en buena cuenta significa lo mismo), para sustituir el objeto de la nueva obligación por otro, o para sustituir al acreedor o al deudor.

---

(103) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 123 a 223.

– ***Novación legal.***

– ***Consideraciones generales.***

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del **animus novandi**, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes [104].

La presencia del **animus novandi**, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

---

(104) Incluso uno de los autores, en un anterior trabajo (CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 167 y 168.), analizando un artículo del Código Civil, llegó a la conclusión de que al no estar presente "el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación...", se inclinaba por negar la existencia de la novación legal.
No obstante, en una investigación posterior (CASTILLO FREYRE, Mario. El Bien Materia del Contrato de Compraventa, Páginas 315 a 318.) opinó lo contrario, concluyendo en la posibilidad de la existencia de la novación legal.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil Peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal -a entender nuestro- siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que, si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal -ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial-, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen,

cuando la prestación es posible, pero, ante la inejecución, el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Este sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde -antes de su entrega- por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal, cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor -por mandato de la ley- se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hi-

pótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal, cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando, a falta de previsión por las partes, deba aplicarse una disposición determinada. Este sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

– Clases de novación legal.

– Novación legal que opera de pleno derecho.

El Código Civil Peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los mismos que pasamos a analizar (105).

1. *Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral.*

   El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

   Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

   Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que

(105) Por la naturaleza de esta obra dejaremos de lado la novación legal en otras áreas del Derecho, para analizar únicamente los casos más visibles y representativos previstos por el Código Civil, sin que dicha enumeración signifique, en modo alguno, agotar los supuestos que acoje la ley civil.

los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2. *Pérdida del derecho a utilizar el plazo.*

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, de suerte que, si el deudor ha contraido una obligación modal -producido el supuesto de hecho de la norma-, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse -en virtud de un mandato legal- una obligación modal (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

3. *Derecho de acrecer del colegatario.*

De conformidad con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de

una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. No existe pues la **res nullius**, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes, en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

4. *Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias.*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia; aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

En estos caso, nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que ha habido novación objetiva en relación a las personas mencionadas.

5. *Efectos de la insolvencia de un codeudor.*

Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda finalmente asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

6. *Pago con títulos valores.*

De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, 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.

Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1233 [106].

7. *Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias.*

De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación, en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

8. *Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe.*

El principio general de pago indebido previsto por el artículo

---

(106) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Página 476.

1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, de acuerdo con lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Consideramos que la hipótesis del segundo parágrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

9. *Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible.*

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Se trata de un supuesto de novación objetiva, en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que se convierte de

solidaria en mancomunada; y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

10. *Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores.*

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo, que recién habría sido anticonstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993, franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación en los casos de prórroga de plazos de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de los mismos, supuestos que, sin lugar a dudas, habrían constituido novaciones objetivas de carácter legal.

11. *Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual.*

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

12. *Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato.*

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero -si éste desea beneficiarse con la misma- y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

13. *Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha.*

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472; en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisario, sino a transferírselo él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisario, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisario tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisario.

El Doctor Manuel de la Puente [107], refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

"Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato."

---

(107) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo III, Páginas 441 y 442.

Pensamos que, al aludir a la conversión legal, el Doctor De la Puente pudo haberlo hecho en dos sentidos:

i) En el sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra, lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para el Doctor De la Puente un contrato innominado) en una compraventa.

Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término "conversión" en este campo tiene otro significado.

ii) En el sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para aclarar conceptos debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil Peruano de 1984, que derogó el Código de 1936, hubo una Ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico de los Doctores José León Barandiarán y Jorge Vega García, respecto de la cual se redactó una Ponencia sustitutoria por la Doctora Susana Zusman Tinman y el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle. En el Título Sexto de esta Ponencia, referida a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

Artículo 38: "El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas la habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron."

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, los Doctores Zusman y De la Puente[108] expresan los fundamentos de su Ponencia y las características que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Exigencia fundamental de la conversión es que el acto celebrado por las partes sea nulo. Pero ese supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto plenamente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no presentarse el requisito esencial para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los Ponentes del Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico sería aplicable [109].

Por ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo del artículo 1538 esgrimido por el Doctor Manuel de la Puente y descartaríamos el segundo, por no corresponder al presupuesto del artículo 1537.

Esto nos conduce a ratificarnos en que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal por cambio de título y no una conversión legal (en sentido jurídico).

---

(108) MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Tomo II, Páginas 76 a 78.

(109) Tales requisitos son, a saber:
- Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.
- Que si hipotéticamente las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y habrían celebrado el nuevo tipo.
- Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.
- Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

14. *Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento.*

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regiría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquel que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, el mismo, en forma incoherente, se convertiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

15. *Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario.*

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor

o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí simplemente el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

16. *Supuesto de depósito irregular.*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

17. *Reemplazo del fiador en caso de insolvencia.*

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877, bajo comentario, que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato, y ya no en el plazo anteriormente vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

18. *Prescripción extintiva.*

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo; en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación, por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho, anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se

trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770, podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

– ***Novación legal que opera en virtud de resolución judicial.***

En opinión nuestra, la novación legal se produce por declaración judicial cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva obligación emanan de una resolución judicial.

En este sentido, serían supuestos de esta forma de novación los que anotamos en las siguientes líneas.

1. *Ampliación y modificación de los fines de una fundación.*

De acuerdo con el artículo 108 del Código Civil, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar a los Tribunales Civiles, la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, o la modificación del fin fundacional, cuando por el transcurso del tiempo haya perdido el interés social a que se refiere el artículo 99.

En ambos casos, tal vez con mayor claridad en el primero, se produciría una novación judicial, ya que a través de la resolución que expidiera el Tribunal Civil se podrían ampliar o modificar (novar) los fines fundacionales.

2. *Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita.*

Según lo prescrito por el artículo 129 del Código Civil, de no ser posible la inscripción del acto constitutivo de la fundación a que se refiere el artículo 127 del mismo Código, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Aquí nos encontramos ante otro supuesto de novación judicial, debido a que el artículo que le da sustento, vale decir el 127, no trata necesariamente de una imposibilidad absoluta que genere que la fundación no llegue a inscribirse. Esto, debido a que el propio artículo 127 emplea los términos "Si por cualquier causa...".

Por otra parte, es novación judicial debido a que quien decide la afectación de los bienes es la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación.

3. *Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges.*

En virtud de lo establecido por el artículo 330 del Código Civil, la declaración de quiebra de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y para que produzca efectos frente a terceros se inscribirá en el Registro Personal de oficio, a solicitud del fallido, de su cónyuge o del síndico.

Sin lugar a dudas, éste es un supuesto de novación legal objetiva, referido a las obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituirán por aquellas concernientes al régimen de separación de patrimonios.

4. *Separación de cuerpos. Efectos.*

De conformidad con el artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, y considerando que las consecuencias de la separación de cuerpos derivan de un proceso judicial, estaríamos en presencia de novación legal de un número indeterminado de obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las mismas que se sustituyen por las relativas al régimen de separación de patrimonios (ya que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial).

5. *Adopción.*

El artículo 377 del Código Civil dispone que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En tal sentido, estaríamos en presencia de una novación judicial subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor, en la medida en que el hijo continuaría siendo la misma persona, con la salvedad de que sus deberes y derechos de orden patrimonial estarían ahora referidos a su padre, madre o padres adoptivos, en vez de a sus padres biológicos, con quienes ya no lo uniría vínculo jurídico alguno de naturaleza patrimonial (como por ejemplo, la obligación alimentaria).

6. *Cambio en la forma de la prestación alimenticia.*

Conforme al artículo 484 del Código Civil, el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

Un supuesto de tal naturaleza requiere de resolución judicial autoritativa.

La obligación alimenticia, en principio, debe cumplirse en dinero (moneda nacional), pero diversas circunstancias podrían determinar que el obligado considere más factible cumplirla en especies (como, por ejemplo, si fuese empleado de una fábrica de comestibles que por encontrarse en difícil situación económica acordara con sus trabajadores pagarles con los alimentos que produce).

Este sería un supuesto de novación judicial de carácter objetivo.

7. *Efectos de la declaración de indignidad para suceder.*

En virtud de lo establecido por el artículo 671 del Código Civil, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, el resarcimiento a que está obligado quien actúa de mala fe se regirá por la segunda parte del artículo 666, norma que establece la obligación de resarcir el valor del bien y de sus frutos y a indemnizar el perjuicio ocasionado.

Consideramos que el artículo 671 citado constituye un supuesto de novación judicial objetiva, pues la obligación de devolver el valor del bien enajenado, los frutos e indemnizar el perjuicio ocasionado, de ser el caso, sustituye a la obligación originaria de devolver el bien hereditario, la que aún resultaría jurídicamente posible, a pesar de las dificultades prácticas que ello importaría.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un supuesto de novación judicial, pues la exclusión del indigno que determina el nacimiento de las obligaciones anotadas, se declara por resolución de los tribunales.

8. *Posibilidad de sustitución de la prenda.*

De acuerdo con el artículo 1073 del Código Civil, puede sustituirse una prenda por otra, comprobando judicialmente la necesidad y la equivalencia de la garantía. El ejercicio de este derecho corresponde a cualquiera de las partes y se tramita en la vía judicial.

Este sería un caso de novación judicial, ya que la sustitución de una prenda por otra se produciría en virtud de una resolución judicial, y en el entendido de que la prenda originaria subsiste, no obstante que requiere ser cambiada.

9. *Autorización judicial para vender el bien pignorado por deterioro del mismo.*

Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria. Así lo establece el artículo 1074 del Código Civil.

Los fundamentos para considerar al supuesto previsto por el artículo 1074 como uno de novación judicial objetiva son los mismos que sustentan al artículo 1073, antes comentado.

10. *Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado.*

De conformidad con lo establecido por el artículo 1110 del Código Civil, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

Como se aprecia, en este caso la resolución judicial que ordena el cumplimiento inmediato de la obligación principal nova la obligación originalmente modal por una pura y simple. En tal sentido, estaremos en presencia de una novación objetiva.

11. *Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor.*

En virtud de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su

cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues el mismo tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

La mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la misma que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

Asimismo, debemos señalar que, si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemniza-

ción de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación.

12. *Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad.*

De acuerdo con lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En este caso, como resulta evidente, no media incumplimiento alguno de las partes, ya que la excesiva onerosidad de la prestación se origina en hechos ajenos a la voluntad de las mismas.

De lograrse cualquiera de las opciones mencionadas -claro está, a través de una resolución judicial-, se produciría una novación judicial objetiva.

13. *Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz.*

En virtud de lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

El artículo 1977 agrega, sin embargo, que si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Aquí podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación

legal de carácter subjetivo, por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

- ***Diferencias y semejanzas entre la novación y otras instituciones jurídicas.***

Por último, consideramos conveniente anotar algunas ideas acerca de las diferencias y semejanzas existentes entre la novación y otras figuras afines, tales como la cesión de derechos, la cesión de posición contractual, el pago con subrogación, la confirmación del acto jurídico, el reconocimiento de las obligaciones, la transacción y el mutuo disenso.

(I) ***Con la cesión de derechos.***

(a) *Diferencias.*

(1) La cesión de derechos es una forma de transmisión de las obligaciones (artículos 1206 a 1217 del Código Civil Peruano de 1984). La novación es un medio extintivo de obligaciones.

(2) Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277). La cesión de derechos es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto (artículo 1206). Esto equivale a decir que en la novación necesariamente deben existir dos obligaciones (la original y la que la sustituye), mientras que en la cesión de derechos sólo estamos en presencia de una obligación: aquella sobre la cual el acreedor cede el derecho de exigirla a un tercero.

(3) La cesión de derechos es un acto formal, ya que debe ser celebrado por escrito, bajo sanción de nulidad (artí-

culo 1207). La novación, en principio, es un acto consensual, con las salvedades analizadas oportunamente.

(4) La cesión de derechos es un acto que puede realizarse de manera bilateral, ya que no se requiere del consentimiento del deudor cedido (argumento del artículo 1206). La novación es un acto que bien puede efectuarse en unos casos de manera bilateral (novación objetiva -artículo 1278), o unilateral (novación subjetiva en la modalidad de expromisión -la que puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo-, siempre, como ya lo hemos señalado, desde la óptica de las personas intervinientes en la obligación primigenia); pero que en otros requiere del asentimiento de tres sujetos. Son los casos de la novación subjetiva por cambio de acreedor, en la que, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, se requiere del asentimiento del deudor (artículo 1280); y de la novación subjetiva por delegación, que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (artículo 1281).

(5) La cesión de derechos no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor (artículo 1210, primer párrafo). Respecto de la novación, el Código no establece un precepto similar, pero -por razones de simple lógica- resulta evidente que esas excepciones (salvo la prohibición legal) no podrían regir para el caso de la novación objetiva, sino sólo para los supuestos de novación subjetiva.

(6) La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211, primer párrafo). Cuando se produce una novación, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en la novación subjetiva por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (artículo 1283). Y las garantías sí se transmiten, según hemos visto, en los casos de novación legal.

(7) En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto (artículo 1212). En cambio, ninguna de las normas relativas a las diversas modalidades de la novación subjetiva establece esta obligación para el acreedor originario. Aclaramos, sin embargo, que la novación, por su naturaleza, exige la preexistencia de la obligación primigenia, mas no su exigibilidad.

(8) El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto (artículo 1213). En cambio, en ninguno de los preceptos referentes a las diversas modalidades de la novación subjetiva se establece esta obligación para el acreedor originario.

(9) La cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). La novación subjetiva por cambio de acreedor produce efectos desde que se produce el asentimiento de las tres partes que la originan (acreedor sustituyente, acreedor sustituido y deudor -artículo 1280-). La novación subjetiva por delegación produce efectos cuando concurren el asentimiento del deudor que se sustituye, el del deudor sustituido y el del acreedor (artículo 1281). La novación subjetiva por expromisión produce efectos desde que existe acuerdo entre el acreedor y el deudor sustituyente (argumento del artículo 1282).

(10) Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado (artículo 1217). Para el caso de la novación, el Código no contempla supuesto similar. Resulta claro que ello no tendría sentido alguno respecto de la novación objetiva, pero valdría la pena preguntarse si es que el tema podría adquirir relevancia con relación a las diversas modalidades de novación subjetiva.

(b) *Semejanzas.*

(1) Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa (artículo 1208). Nada impide que la novación se efectúe sobre obligaciones de esta naturaleza.

(2) La cesión de derechos puede operar por acuerdo de voluntades o por ministerio de la ley (argumento del artículo 1214). La novación puede también ser convencional o legal (argumento, para este último caso, de los artículos 1537 y 1538 del Código Civil Peruano, por citar un solo ejemplo).

(II) ***Con la cesión de posición contractual.***

(a) *Diferencias.*

(1) La novación es una figura típicamente relativa al Derecho de las Obligaciones. La cesión de posición contractual corresponde al Derecho de los Contratos.

(2) La novación es un modo de extinción de obligaciones. La cesión de posición contractual es un mecanismo contractual que no conlleva a la extinción de obligación alguna. Aquí lo que se cede es la calidad de parte en el contrato.

(3) Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277). Por la cesión de posición contractual no se sustituye obligación alguna: lo que se realiza es la cesión de la calidad de parte en el contrato celebrado.

(4) En la cesión de posición contractual siempre es necesario el asentimiento del cedente, del cesionario y del cedido. La novación es un acto que bien puede efectuarse en unos casos de manera bilateral (novación objetiva -artículo 1278-), o unilateral (novación subjetiva en la modalidad de expromisión -la que puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo-); pero que en otros requiere del asentimiento de tres sujetos. Es el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, que exige, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280), y de la novación subjetiva por delegación que requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, del asentimiento del acreedor (artículo 1281).

(5) En la cesión de posición contractual, el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario (artículo 1438, primer párrafo). En cambio, en ninguna de las normas relativas a las diversas modalidades de la novación subjetiva se establece esta obligación para el acreedor originario, salvo, desde luego, la existencia de la obligación primigenia.

(6) La cesión de posición contractual siempre es voluntaria -pues nuestro Derecho no acepta los contratos forzosos-, en tanto que la novación puede operar por mandato de la ley.

(b) *Semejanzas.*

(1) Para que se produzca una novación, las obligaciones no deben haberse ejecutado aún o, en todo caso, deben haberse ejecutado sólo parcialmente. En la cesión de

posición contractual es supuesto básico que se trate de contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente (artículo 1435, primer párrafo).

(2) En la cesión de posición contractual las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas (artículo 1439). En la novación tampoco se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario (artículo 1283), exceptuándose de esta regla los casos de novación legal.

(III) ***Con el pago con subrogación.***

(a) *Diferencias.*

(1) El pago con subrogación es una modalidad **sui generis** del pago. En cambio, la novación es un modo -distinto del pago- de extinguir una obligación.

(2) En el pago con subrogación quien paga sustituye al acreedor en los derechos respecto del deudor; pero no dejamos de estar ante una misma obligación. En la novación lo que se sustituye es una obligación por otra: se extingue la primigenia y se crea una nueva.

(3) Cabe la subrogación parcial (argumento del artículo 1262). No cabe la novación parcial de una obligación.

(b) *Semejanzas.*

(1) Tanto el pago con subrogación, como la novación, son modos de extinción de las obligaciones, aunque, sin duda, de naturaleza diferente.

(2) El pago con subrogación puede tener un origen legal (cuando es de pleno derecho -supuesto del artículo 1260-) o convencional (supuesto del artículo 1261). La

novación puede también ser convencional (supuesto común) o legal, como lo comentamos en su oportunidad.

(IV) ***Con la confirmación del acto jurídico.***

(a) *Diferencias.*

(1) La confirmación consiste en la convalidación de un acto jurídico anulable. Por la novación se sustituye una obligación por otra.

(2) La confirmación es un acto jurídico unilateral, mientras que la novación importa un contrato entre las partes, salvo los casos de novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de novación legal.

(3) A través de la confirmación se subsana un acto jurídico que padece de nulidad relativa, en tanto que mediante la novación se extinguen y crean obligaciones.

(4) La confirmación conlleva a la renuncia de la acción de anulación, en tanto que la novación supone la renuncia a un derecho de crédito, pero el mismo es reemplazado por uno nuevo, ya se trate de novación objetiva o subjetiva.

(5) Sólo puede confirmar un acto jurídico la parte a quien corresponda la acción de anulabilidad. La novación, en cambio, debe estipularse por las partes, con excepción de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal.

(b) *Semejanza.*

(1) La confirmación puede efectuarse de manera expresa o tácita. La novación requiere que la voluntad de novar sea indubitable o que la existencia de la obligación anterior sea incompatible con la nueva.

(V) ***Con el reconocimiento de las obligaciones.***

(a) *Diferencias.*

(1) Mediante el reconocimiento de las obligaciones el deudor admite la existencia previa de una obligación y se somete a los efectos derivados de la misma. Por la novación se sustituye una obligación por otra.

(2) El reconocimiento de las obligaciones es un acto declarativo de derechos, en tanto que la novación es un acto constitutivo.

(3) El reconocimiento de las obligaciones es un acto jurídico unilateral. La novación es un acto bilateral, con excepción de la novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, que es unilateral respecto a las personas que intervienen en la obligación primigenia.

(4) Sólo el deudor de una obligación puede efectuar su reconocimiento. La novación, en cambio, debe estipularse por ambas partes, acreedor y deudor, salvo en los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal.

(VI) ***Con la transacción.***

(a) *Diferencias.*

(1) A la transacción le asiste la formalidad **ad solemnitatem** prevista por el artículo 1304 del Código Civil. A la novación le asiste -en principio- libertad de forma.

(2) La transacción puede ser extrajudicial o judicial. La novación es extrajudicial, salvo el caso de la novación legal que opera por resolución judicial.

(3) La transacción versa, necesariamente, sobre obligaciones dudosas o litigiosas, en tanto que cualquier tipo de obligaciones pueden ser objeto de un acuerdo novatorio.

(4) La transacción es convencional. La novación puede ser unilateral, convencional o legal, según la fuente de donde emane la voluntad de novar.

(b) *Semejanza.*

(1) La novación objetiva tiene similitud con la transacción cuando las partes recurren a ésta última como medio para solucionar un conflicto de intereses, extinguiendo alguna o algunas de las obligaciones pendientes de cumplimiento entre ellas, y creando a la par alguna o algunas otras nuevas obligaciones, cuando lo consideren necesario para solucionar de modo integral sus diferencias (argumento del artículo 1302, segundo párrafo, del Código Civil).

(VI) ***Con el mutuo disenso.***

(a) *Diferencias.*

(1) Mediante el mutuo disenso las partes de un acto jurídico deciden dejarlo sin efecto. La novación, en cambio, consiste en la sustitución de una obligación por otra.

(2) El mutuo disenso es una forma de extinguir un acto jurídico, en tanto que la novación es un medio extintivo de obligaciones.

En tal sentido, adviértase que, mediante la novación, las partes podrían acordar la extinción de sólo una de las obligaciones que se hubieren contraído y la inmediata creación de otra, mientras que, por el mutuo disenso, la extinción del acto jurídico determina la extinción de todas las obligaciones que de él emanan, tal como lo prescribe el artículo 1313 del Código Civil.

(3) El mutuo disenso es siempre convencional, en tanto que la novación puede ser convencional o legal.

(b) *Semejanza.*

(1) Cuando mediante el mutuo disenso se extinguen obligaciones (al haberse extinguido el contrato o acto del cual emanaban), se asemeja a la novación, en tanto que a través de esta siempre se extinguirán obligaciones.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1277.*

Sobre el tema de la novación, citamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Para que se acabe la obligación preexistente se requiere que esté acreditado el **animus novandi**: la gracia o el favor no importan la extinción de la obligación existente ni la alteración del contrato." Ejecutorias del 3 de mayo de 1887, Anales Judiciales, Página 355 y del 29 de diciembre de 1894, Anales Judiciales, Página 144. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

II.- "La novación que no consta de escritura pública o privada no acaba la obligación preexistente: las pruebas consistentes en recibos reconocidos o en declaraciones testimoniales son insuficientes para acreditar la extinción de la obligación contractual." Ejecutoria del 25 de abril de 1900. Calle, "Vistas Fiscales", Tomo II, Página 4. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

III.- "El traspaso del local de un establecimiento comercial realizado sin el consentimiento del locador, constituye una novación ilegal, que da lugar a la acción de desahucio." Anales Judiciales, 1930, Página 86. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

IV.- "Para que se nove la obligación preexistente se requiere el consentimiento de los interesados constante en documento público o privado en el que aparezca expresada la voluntad de

novar." Ejecutoria del 28 de septiembre de 1931. Revista de los Tribunales, Página 229. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

V.- "No se puede obligar a una de las partes a la modificación de un contrato, si ellas acordaron que la novación se haría de común acuerdo; la autoridad judicial carece de medios para establecer norma alguna en reemplazo del libre consentimiento de los interesados." Ejecutoria del 21 de julio de 1932. Revista de los Tribunales, Página 209. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

VI.- "La novación sólo puede efectuarse por escritura pública o privada." Ejecutoria del 15 de noviembre de 1933. Revista de los Tribunales, Página 433. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

VII.- "La obligación contenida en una escritura pública no puede ser novada por documento privado." Revista de los Tribunales, 1944, Página 71. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

VIII.- "La persona que firma un pagaré a nombre de una sociedad anónima, asume la obligación de cancelar su importe, si oportunamente no alega su irresponsabilidad deduciendo la correspondiente excepción de inoficiosidad de la demanda." Ejecutoria del 14 de septiembre de 1963. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 239, 1963, Página 1634. (Artículo 1287 del Código Civil de 1936).

IX.- "Las diligencias preparatorias referentes a elementos del juicio en trámite, carecen de valor legal para acreditar la voluntad de novación." Anales Judiciales, 1964, Página 125. (Artículo 1290 del Código Civil de 1936).

X.- "Para que se proceda al pago de daños y perjuicios no basta acreditar la inejecución de las obligaciones materia del contrato, sino haberlos sufridos como consecuencia de esta.- Los acuerdos adoptados con motivo de la inejecución de un contrato importan una modificación de la cláusula penal de suerte que si aquellos no dan resultados, ya no es posible revivir esta." Ejecuto-

ria del 1 de septiembre de 1978. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 418 y 419, 1978, Página 960. (Artículos 1223 y 1290 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Principio de la persona jurídica, artículo 77 del Código Civil / Ampliación y modificación del fin fundacional, artículo 108 del Código Civil / Afectación de bienes por imposibilidad de inscripción, artículo 129 del Código Civil / Caducidad del plazo, artículo 181, inciso 3, del Código Civil / Sustitución del régimen de sociedad de gananciales por declaración de quiebra, artículo 330 del Código Civil / Definición de separación de cuerpos, artículo 332 del Código Civil / Definición de adopción, artículo 337 del Código Civil / Forma diferente de prestación de alimentos, artículo 484 del Código Civil / Efectos de la declaración de indignidad, artículo 671 del Código Civil / Derecho de acrecer entre colegatarios, artículo 775 del Código Civil / Sustitución de la prenda, artículo 1073 del Código Civil / Deterioro del bien prendado, artículo 1074 del Código Civil / Pérdida o deterioro del bien hipotecado, artículo 1110 del Código Civil / Trasmisión **mortis causa** de la obligación solidaria, artículo 1187 del Código Civil / Insolvencia de un codeudor, artículo 1204 del Código Civil / Pago con títulos valores, artículo 1233 del Código Civil / Efecto de la subrogación en las obligaciones indivisibles o solidarias, artículo 1263 del Código Civil / Dación en pago, artículo 1265 del Código Civil / Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe, artículo 1270 del Código Civil / Novación objetiva, artículo 1278 del Código Civil / Novación subjetiva activa, artículo 1280 del Código Civil / Novación subjetiva por delegación, artículo 1281 del Código Civil / Novación subjetiva por expromisión, artículo 1282 del Código Civil / Indemnización de daños y perjuicios por inejecución imputable, artículo 1321 del Código Civil / Indemnización en caso de mora que inutiliza la obligación, artículo 1337 del Código Civil / Cláusula penal, solidaria y divisible, artículo 1349 del Código Civil / Dirigismo contractual, artículo 1355 del Código Civil / Garantía de existencia y validez del contrato, artículo 1438 del Código Civil / Definición de excesiva onerosidad de la prestación, artículo 1440

del Código Civil / Falta de aceptación del tercero, artículo 1460 del Código Civil / Conversión del compromiso de venta de bien ajeno en compraventa, artículo 1538 del Código Civil / Arrendamiento de bien ajeno, artículo 1671 del Código Civil / Enajenación del bien por los herederos del comodatario, artículo 1749 del Código Civil / Responsabilidad de los herederos del depositario por enajenación del bien, artículo 1843 del Código Civil / Efectos de la insolvencia del fiador, artículo 1877 del Código Civil / Indemnización equitativa del daño causado por incapaz, artículo 1977 del Código Civil / Acto jurídico posterior a la sentencia, artículo 339 del Código Procesal Civil.

– NOVACION OBJETIVA. CONCEPTO.

Artículo 1278.- "*Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1278.*

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

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* abordó el tema en su artículo 866: "La novación se hace de tres maneras. 1° Cuando el deudor contrae en favor de su acreedor una nueva deuda que se substituye a la antigua, la cual queda extinguida. 2° Cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo al que da por libre el acreedor. 3° Cuando por efecto de un nuevo contrato, un acreedor nuevo es substituido al antiguo, con respecto al cual queda libre el deudor."; en tanto que el *Código Civil de 1852* lo regía en el artículo 2265: "En las novaciones, ó se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber, ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior."

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* legisló la materia en el artículo 2996: "En la novación, o se muda la calidad de la obligación o la causa de deber, o se cambia el acreedor, o se sustituye un nuevo deudor al primitivo.- En este último caso, la sustitución puede celebrarse, con o sin consentimiento del primer deudor.- Cuando un nuevo deudor reemplaza al antiguo con consentimiento de éste, el nuevo deudor se llama delegado del primero, el cual entonces se denomina delegante."; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, no registra antecedente al respecto; al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; y el *Código Civil de 1936*.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 139: "La obligación se extingue cuando las partes sustituyan a la obligación originaria una nueva obligación con objeto o título diverso."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 133: "Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1296: "Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1245: "Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente."

– *Fuentes y concordancias extranjeras*.

Concuerdan con el artículo 1278 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1230), Uruguayo (artículo 1526, inciso 1), Ecuatoriano (artículo 1674, inciso 1), Venezolano de 1942 (artículo 1314, inciso 1), Venezolano de 1880 (artículo 1214, inciso 1), Chileno (artículo 1631, inciso 1), Boliviano de 1976 (artículo 352), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 358, inciso I), Brasileño (artículo 999, inciso 1), Portugués de 1967 (artículo 857), Egipcio (artículo 251, inciso 1), y Código de la Provincia de Québec (artículo 1169, inciso 1).

– *Análisis*.

– *Naturaleza de la novación objetiva.*

La novación puede operar bajo dos formas, a saber: mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina subjetiva, o a través de un cambio en el objeto o la causa de la obligación. Esta última forma es la llamada novación objetiva, la misma que se genera cuando la prestación debida o el título que da origen a la obligación se sustituyen por otros.

Cazeaux y Trigo Represas [1] definen a la novación objetiva como aquella en la que el cambio recae sobre la prestación, la causa fuente o el propio vínculo obligatorio, en tanto experimenten alguna modificación sustancial o trascendente que permita configurar una relación obligacional jurídicamente distinta de la anterior que se sustituye.

Considera Boffi Boggero [2] que la novación objetiva es un acto entre las mismas partes -acreedor o acreedores, deudor o deudores- que modifica sustancialmente el objeto, la causa o el vínculo obligacional.

Francesco Messineo [3] señala que la novación objetiva es

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 255.
(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 320.
(3) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Páginas 401 y 402.

una relación que media entre los mismos sujetos de la obligación originaria, y tiende a sustituir otra obligación -con objeto o título diverso (**aliquid novi**)- a la precedente (de ordinario, de contenido equivalente), de manera que el deudor está actualmente obligado por la nueva obligación.

A decir de Llambías [4], la novación objetiva se caracteriza por haberse introducido una innovación en la causa de deber, o bien en la prestación debida. Si el cambio no incide en la causa de la obligación, o en lo esencial del objeto debido inicialmente, no hay novación sino persistencia de una sola obligación, pese a las alteraciones accidentales que pueda haber sufrido.

En nuestra opinión, hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una prestación distinta o en virtud de un título diferente.

- ***Clases de novación objetiva.***

- *Novación objetiva por cambio de prestación.*

  Hay novación objetiva por cambio de prestación cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro.

  Para que la novación se produzca, según lo hemos señalado, es necesario un cambio esencial en la relación obligatoria. Por ello, sólo las modificaciones sustanciales en la prestación debida producirán novación por cambio de objeto.

  Adviértase que las variaciones accidentales en la obligación no producen novación, sino solamente un cambio accesorio

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 39.

en la relación obligatoria (argumento del artículo 1279 del Código Civil, norma que analizaremos más adelante) [5].

Refiere Llambías [6] que hay novación por cambio de objeto cuando la segunda obligación altera esencialmente la prestación primitiva o introduce en el modo de satisfacerla un cambio de trascendencia o alteración de importancia. En tal sentido, hay novación cuando se sustituye una deuda de dinero por una obligación relativa a una cosa mueble o inmueble; o bien se cambia una obligación de hacer por otra referente a la satisfacción de una suma de dinero; o se reemplaza una deuda de capital por una renta vitalicia.

Afirma Boffi Boggero [7] que la novación por cambio de objeto puede tener lugar en primer término cuando se producen cambios sobre el contenido de la prestación, entre los cuales pueden mencionarse la obligación de pagar una suma de di-

(5) A decir de Suárez Suárez (SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 298 y 299.), si en una obligación varían los elementos accidentales, es decir, aquellos que no modifican la estructura íntima de la obligación sino los detalles secundarios, es natural que no ha existido novación; de tal modo que la obligación primitiva sigue existiendo a pesar de la modificación accidental hecha.
Agrega el referido autor que son elementos esenciales, aquellos sin los cuales no puede concebirse un acto o contrato; es decir, aquellos que le son inherentes por su misma naturaleza. Así, también se llaman elementos accidentales, aquellos cuya omisión no acarrea modificaciones en el contrato, respecto a su naturaleza, y pueden faltar sin que se altere. Y mientras la omisión de los elementos esenciales acarrea la inexistencia de la obligación, la omisión de los secundarios o accidentales, la modifican en detalle, pero no alteran su naturaleza ni ocasionan su inexistencia.
Al respecto, debemos precisar que, en nuestra opinión, la novación se produce no sólo cuando se modifica la estructura íntima de la relación obligatoria, esto es, al sustituirse algún elemento esencial de la obligación, sino también cuando opera un cambio trascendente o sustancial en ella, tal como se verá en el estudio del artículo 1279 del Código Civil.

(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 45 y 46.

(7) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 321.

nero en vez de hacer entrega de una cosa o de un hacer o no hacer.

Un ejemplo de novación objetiva por cambio de prestación sería el siguiente: si dos partes celebran un contrato de compraventa de una casa, por un precio de 300,000 nuevos soles, y luego, de mutuo acuerdo, deciden que ya no se cumplirá con esta prestación, y la sustituyen por la obligación de dar un departamento. Aquí, sin duda, se habría producido novación en virtud de un cambio en el objeto de la obligación.

Según anotan Henri, Léon y Jean Mazeaud [8], suele ser delicado concretar si el cambio sobrevenido en la obligación es suficiente o no para llevar consigo novación. Por ello, admitir su existencia es una cuestión de hecho sometida al criterio de los tribunales en cada caso.

La ley civil peruana no contiene una norma que precise taxativamente si tal o cual cambio en la relación obligatoria produce novación.

No obstante, en doctrina existe consenso en considerar que se suscita un cambio esencial en el objeto debido en los supuestos que anotamos a continuación:

- Cuando se sustituye el objeto de la obligación por otro.
- Cuando se agrega o suprime una condición a la obligación primitiva.
- Cuando una obligación que era simplemente mancomunada se convierte en solidaria.
- Cuando se introducen variaciones sustanciales en el contenido de la prestación.

(8) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 464.

- Cuando operan cambios sobre el propio vínculo jurídico. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución de una obligación natural por una civil.

Sin embargo, en lo relativo a las alteraciones de la relación obligatoria que -en nuestra opinión- importan novación, remitimos al lector a los comentarios anotados al analizar el artículo 1279 del Código Civil.

Por otra parte, resulta de interés expresar que la novación por cambio de objeto no fue admitida en el Derecho Romano de la época clásica.

Refieren Henri, Léon y Jean Mazeaud [9] que esta forma de novación no fue practicada durante el Derecho Romano clásico, ya que los romanos poseían una visión estrecha y material del vínculo de dependencia entre la antigua y la nueva obligación. La novación era válida sólo si la nueva obligación tenía el mismo objeto que la antigua.

En efecto, el antiguo Derecho Romano exigía como requisito esencial de la novación al **idem debitum**, es decir, la identidad entre el objeto de la nueva obligación y el objeto de la precedente.

Expresa Emilio Betti [10] que el Derecho Romano hizo depender el efecto liberatorio de la antigua novación del hecho objetivo de la identidad del **debitum**.

En los orígenes de la institución -señala este autor- el efecto novativo dependía del hecho de que la segunda obligación absorbiese el mismo objeto de la primera, permaneciendo también idéntico el crédito del acreedor, y variando únicamente algunos elementos del vínculo obligatorio.

(9) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 459.
(10) BETTI, Emilio. Op. cit., Tomo II, Páginas 315 y siguientes.

Al respecto, Lozano Berruezo [11], citando a Albaertario, manifiesta que la extinción de la antigua obligación deriva del **idem debitum**, es decir, de la circunstancia de que la nueva obligación, concluida mediante estipulación, tenga el mismo **debitum**, ya que la coexistencia de dos estipulaciones sucesivas teniendo por objeto el mismo **debitum** no era posible en Roma, por lo menos sin reserva expresa.

De igual manera, Pietro Bonfante [12] anota que en el Derecho clásico no se podía cambiar el objeto de la obligación; antes bien, fundamento de la virtud extintiva de la obligación era el **idem debitum**, ya que no eran admitidos entre las mismas personas dos contratos que tuvieran el mismo objeto **-bis de eadem re agi non potest-**.

Por su parte, Demolombe [13] afirma que en el mecanismo de la antigua novación no era posible un cambio en la deuda. Si se estipulaba **aliud debitum**, la antigua deuda subsistía, y la nueva no era menos formada; había dos deudas, pero ninguna novación.

En tal sentido, según señalan Planiol y Ripert [14], para los romanos la novación era, esencialmente, una nueva estipulación de una cosa ya debida.

A decir de Arangio Ruiz [15], la novación fue, en un inicio, la sustitución de una obligación por una nueva con el mismo contenido económico.

En opinión de Négre, citado por Lozano Berruezo [16], el requisito del **idem debitum** o identidad de objeto se justifica

(11) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 8.
(12) BONFANTE, Pietro. Op. cit., Página 429.
(13) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 158.
(14) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 348.
(15) ARANGIO RUIZ, Vicenzo. Op. cit., Página 442.
(16) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 15.

por el carácter religioso y solemnidad ritual de las fórmulas del antiguo Derecho Romano.

Con un parecer distinto, Emilio Betti [17] afirma que, para entender rectamente que la novación requiriese de la perfecta homogeneidad de los dos vínculos, es necesario comprender la función que esta figura cumplió en el Derecho Romano. La novación surge como una forma de trasmisión de las obligaciones por acto **inter vivos**. Agrega Betti que la novación, en sus orígenes, no fue un modo extintivo de obligaciones, sino una forma de trasmisión de aquéllas. Y de aquí la razón de su aparición.

Recuerdan los Mazeaud [18], por su parte, que los derechos primitivos contemplaban la obligación no como un elemento del patrimonio trasmisible con el mismo título de los Derechos Reales, sino únicamente como vínculo entre dos personas que no podían cambiarse; y precisan que en el curso de la evolución, el Derecho Romano, después de haber admitido la trasmisibilidad de las obligaciones por causa de muerte, comprendió la utilidad de autorizar una trasmisión entre vivos.

Así, la novación adquirió -en el Derecho Romano clásico- un desarrollo considerable como medio de trasmisión de obligaciones; sin embargo, la novación objetiva por cambio de prestación no fue practicada. Adviértase que la novación fue concebida como la operación que extinguía la obligación entre los obligados originarios, para hacer que ésta misma renaciera entre uno de ellos y un tercero a quien se trasmitía.

Ahora bien, con la reforma justinianea de la institución, la novación por cambio de objeto fue admitida en el Derecho Romano, al suplantarse el requisito del **idem debitum** por el

(17) BETTI, Emilio, Op. cit., Tomo II, Página 316.
(18) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Páginas 459 y 460.

animus novandi, vale decir, por la voluntad de crear una nueva obligación que extinguía la precedente.

Al respecto, expresa Pietro Bonfante [19] que en el Derecho Justinianeo el concepto antiguo de la novación desapareció, y la identidad del objeto fue eliminada como requisito, permitiéndose que la novación pudiera consistir, precisamente, en el cambio del objeto. En lugar del antiguo requisito objetivo, se ponía un requisito subjetivo, que cambiaba radicalmente la esencia y la función de la institución. Este requisito consistía en el **animus novandi**.

Refieren Arias Ramos y Arias Bonet [20] que "una vez puesta en la voluntad de las partes la piedra de toque para saber si la obligación nueva se sustituye a la anterior o se acumula a ella, ningún inconveniente había para admitir la novación por cambio de objeto, desapareciendo, por tanto, el requisito del **idem debitum**, exigido por el Derecho clásico.

Obligación anterior, obligación nueva nacida de estipulación, **aliquid novi** e **idem debitum**, fueron los requisitos de la **novatio** clásica. Obligación anterior, obligación nueva, surgida de una estipulación, **aliquid novi** y **animus novandi**, son los requisitos de la novación en el Derecho Justinianeo."

– *Novación objetiva por cambio de título o causa fuente.*

Otro de los supuestos de novación objetiva es aquel en el que se modifica la fuente originaria de la obligación por otra.

En efecto, cuando se sustituye la fuente de la cual emana la obligación por otra distinta, se produce novación por cambio de causa fuente.

(19) BONFANTE, Pietro. Op. cit., Página 429.
(20) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. Op. cit., Página 715.

Para ilustrar este supuesto vamos a anotar un ejemplo. Supongamos que dos partes han celebrado un contrato de compraventa por el cual una le va a entregar en propiedad a la otra un automóvil determinado a cambio de 40,000 nuevos soles. Posteriormente, acuerdan que el comprador ya no entregará dicha suma, sino que transferirá la propiedad de una camioneta determinada. En este caso, es indudable que se ha producido un cambio en la prestación a cargo de una de las partes, pero no sólo ha variado la prestación a ejecutar, sino también ha cambiado el contrato mismo, pues ya no estamos ante un contrato de compraventa, sino en presencia de un contrato de permuta. En este caso no sólo se ha novado la obligación, sino el contrato, vale decir, la causa fuente misma.

Recuerda Llambías [21] que Ripert y Boulanger sostienen que "la novación más frecuente en la hora actual y la que más dificultades presenta es la novación por cambio de causa. El deudor se obliga con el acreedor, pero por una razón distinta de la que justificaba la obligación primitiva. Al ser la causa un elemento esencial de la obligación el cambio de ese elemento equivale a una novación".

Añade Llambías que la causa -expresión que vale tanto como fuente de la obligación- es el hecho antecedente que ha engendrado la obligación. Así, un cambio en la misma causa de deber o título de la obligación, revela que ésta ha dejado de ser lo que era, ya que ha pasado a ser un vínculo que no se confunde con el primitivo; y es que con la causa cambia, o puede cambiar, el régimen que gobierna la obligación; según sea el hecho que ha originado la relación obligacional, así será el tratamiento que a ésta dispensará el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si "A" comete un acto ilícito que daña a "B" nace la obligación de indemnizar ese perjuicio, cuya acción prescribe en el lapso de dos años des-

(21) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 40 y siguientes.

de la ocurrencia del hecho; y si el damnificado conviene con el responsable que lo debido a título de indemnización, lo retenga éste como préstamo productivo de intereses, a devolver en cierto plazo, se habrá producido una novación por cambio de causa; pues antes la causa de deber era el hecho ilícito cometido; ahora la causa es el contrato de préstamo o mutuo, que le impone a la obligación un régimen distinto en el cual la acción prescribe recién a los diez años a partir del momento en que el crédito se torne exigible.

Por otra parte, debemos expresar que la generalidad de la doctrina consultada estima que hay novación por cambio de causa en los siguientes casos:

- Cuando se transforma un depósito en préstamo y viceversa.

- Si una suma percibida por el mandatario se convierte en préstamo.

- Cuando una permuta se transforma en una compraventa, supuesto en que el permutante comprometido a entregar determinada cosa se torna deudor de ella a título de vendedor.

- Si la deuda relativa al precio de la locación de servicios se convierte en depósito por cuenta del acreedor.

- Cuando existe un saldo de una cuenta corriente y el deudor manifiesta recibir en calidad de préstamo la suma que adeuda.

- Si acreedor y deudor celebran convenio de cancelación de una deuda, por el cual el deudor entrega una suma a cuenta, comprometiéndose a satisfacer el resto en cuotas mensuales, con la facultad del acreedor, en caso de incumplimiento, de resolver el convenio y reclamar la deuda originaria.

- Si las partes celebran un segundo contrato de compraventa respecto de un mismo inmueble, con fundamental variante de precio.

Los supuestos anotados son casos usuales y representativos de novación objetiva por causa fuente, dejando constancia, sin embargo, de que ésta puede presentarse en infinidad de variantes.

Antes de finalizar el análisis del precepto bajo comentario, precisa anotarse que, en la novación por cambio de causa fuente, el efecto extintivo-creador de las obligaciones se verifica respecto a todas las obligaciones que emanan del título o causa fuente que se sustituye, y no sólo sobre una o algunas de las obligaciones. Este último caso se presenta únicamente en la novación por cambio de objeto.

– *Concordancias nacionales*.

Pago con títulos valores, artículo 1233 del Código Civil / Dación en pago, artículo 1265 del Código Civil / Definición de novación, artículo 1277 del Código Civil / Actos que no producen novación, artículo 1279 del Código Civil.

– CAMBIOS ACCESORIOS EN LA OBLIGACION. NOVACION OBJETIVA.

Artículo 1279.- "*La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1279.*

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

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba la materia en el artículo 3009: "La modificación que se refiere al modo, tiempo o lugar en que debe cumplirse una obligación, y en general todas aquellas que no tienen ninguno de los objetos indicados en el artículo 2996 no constituyen novación."; mientras el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 256: "La novación no se presume. Es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al

objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no la extinguen."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 244: "Para que haya novación es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1279: "Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación."; y el *Código Civil de 1936* en el artículo 1290: "Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 140: "El libramiento de un documento o su renovación, la agregación o la eliminación de un término y cualquiera otra modificación accesoria de la obligación no producen novación."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, hacía lo propio en el artículo 134: "La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1297: "La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*,

en el artículo 1246: "La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras*.

Concuerdan con el artículo 1279 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1231), Ecuatoriano (artículos 1691 a 1693), Chileno (artículos 1648 a 1650) y Argentino (artículo 812, última parte).

El Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1489) dispone que por la mera ampliación del plazo de una deuda no se verifica la novación; pero cesa la responsabilidad de los fiadores y codeudores solidarios y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores, codeudores solidarios, o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación. Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivo.

– *Análisis*.

El artículo 1279 del Código Civil Peruano de 1984 establece qué cambios accesorios en la prestación no producen novación. Sin embargo, el precepto bajo análisis tan sólo enuncia algunos de ellos, a saber:

(a) *La emisión de títulos valores.*

De acuerdo con lo establecido por el numeral 1279, la emisión de títulos valores no produce novación.

En lo relativo a los títulos de crédito dados en pago, expresa

Manuel Borja Soriano [1] que los civilistas estudian si hay novación cuando el deudor, en lugar de pagar a su acreedor en las especies convenidas, le entrega títulos de crédito suscritos por él. Se pronuncian por la negativa Planiol, Baudry-Lacantinerie y Barde, Colin y Capitant y Josserand.

Recuerda Borja Soriano que el caso está resuelto negativamente por el artículo 7 de la Ley Mexicana de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice: "Los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición salvo buen cobro".

En el Código de 1984 se ha considerado -con acierto- que la emisión de títulos valores no constituye novación.

La emisión de un título valor -concretamente de un cheque, de un pagaré, de una letra de cambio o de un vale a la orden- respecto de una obligación que le antecede en el tiempo, no cambia dicha obligación por una nueva. Tan sólo trata de asegurar su cumplimiento, de facilitar la circulación de la acreencia y de dinamizar su cobranza.

Precisa señalarse, además, que la novación por lo general es un acto bilateral, vale decir, que es necesaria la intervención de las dos partes (acreedor y deudor) para que ella se produzca. En cambio, el otorgamiento de un título valor puede ser tanto un acto bilateral como unilateral, ya que para su expedición, conforme a lo previsto por la Ley N° 16587, en algunos supuestos se requiere de la intervención de una sola parte, el deudor, como por ejemplo en el caso del cheque.

Adicionalmente, un título valor representa la prestación original -y por ello no produce efectos novatorios-; su objeto muchas veces es comercializar el propio título valor, descontarlo en una institución de crédito, endosarlo para pagar o garantizar obligaciones, etc.

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 621.

(b) *La renovación de títulos valores.*

El artículo 1279 del Código Civil también establece que la renovación de títulos valores no produce novación.

Sobre la base de las consideraciones anotadas, cabe afirmar que, si la emisión de un título valor no origina novación, tampoco la generará su renovación. Por un lado, porque no se ha cambiado la obligación primigenia; y de otro, porque la renovación de un título valor simplemente varía su fecha de ejecución, por haberse producido una prórroga, mas no la obligación original, que sirve de causa fuente al mencionado título valor y a su renovación.

(c) *La modificación de un plazo.*

Prescribe el artículo 1279 del Código Civil que la modificación de un plazo no produce novación.

Los Mazeaud [2] recuerdan que el Derecho Romano no consideraba que el agregado o la supresión de un término implicaba novación. Explican los citados tratadistas que el Derecho Francés parece más restrictivo, ya que únicamente la supresión de un término no se considera como elemento nuevo suficiente para producir novación; el antiguo crédito subsiste, inmutado en su existencia; tan sólo se ha modificado el cumplimiento.

Para Boffi Boggero [3] no habrá novación cuando se presenten modificaciones acerca del plazo. Menciona Boffi Boggero

(2) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Páginas 465 y 466.
(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 324.

que si se agrega un plazo o se le suprime o modifica, se está dejando entera e intacta a la obligación. Por ello, no hay novación si se reciben pagos a cuenta del crédito.

Según señala el profesor Guillermo Ospina Fernández [4], la ampliación del plazo de la obligación pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas y las hipotecas constituidas por terceros, porque es de presumir que ellos han tenido la intención de limitar las garantías al tiempo primeramente señalado; y, por la misma razón, la reducción del plazo no las afecta, porque su responsabilidad solamente comienza a la expiración del plazo primitivo.

En opinión de Manuel Borja Soriano [5], la concesión de un término al deudor por el acreedor o la renuncia por el deudor al término que le había sido precedentemente concedido pueden hacerse sin traer consigo novación, porque el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución.

Por su parte, Joaquín Martínez Alfaro [6] afirma categóricamente que la modificación del plazo nunca produce novación. En tal sentido, expresa que la introducción o supresión del término no es una modificación sustancial de la obligación que produzca el doble efecto, consistente en la extinción y creación de obligaciones, porque, si el término es suspensivo no modifica sustancialmente la obligación, por no afectar su existencia sino sólo su exigibilidad, al diferir su cumplimiento a una fecha cierta; y, en consecuencia, ni extingue ni crea obligaciones.

A su vez -continúa Martínez Alfaro-, si el término es resolutorio, sí extingue la obligación en fecha cierta, pero sin crear una nueva que sustituya a la extinguida, porque este

(4) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 447.
(5) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 617.
(6) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 339.

término no constituye un cambio de un elemento esencial de la obligación, pues sólo significa su extinción normal por el vencimiento del plazo. Por no haber una obligación nueva que sustituya a la extinguida por el término resolutorio, no hay novación, salvo que se haya pactado expresamente el nacimiento de una nueva obligación que sustituya a la extinguida.

Conforme a lo anterior, agrega el autor citado que "si la obligación es pura y simple, pero posteriormente se estipula un término, suspensivo o resolutorio, o viceversa, si dicha obligación está sujeta a término y se conviene en que sea pura y simple, se darán las siguientes consecuencias:

Si a la obligación pura y simple se le fija un término suspensivo, es la misma obligación la pura y simple que la sujeta a término suspensivo, pues éste sólo difiere la exigibilidad de su cumplimiento a una fecha cierta, sin extinguir ni crear otra obligación.

Si el término fijado es resolutorio, también es la misma obligación la pura y simple que la sujeta al término resolutorio, pues mientras el término esté pendiente de vencer, la obligación no se extingue ni se crea una nueva; dicha obligación sólo se extinguirá al momento de vencer el término resolutorio y sin crearse una nueva sustituta.

Si la obligación estaba sujeta a término y se vuelve pura y simple será la misma obligación, pues no se extingue la que está sujeta a término ni se crea otra nueva pura y simple para sustituirla, en atención a que, si se suprime el término suspensivo, la misma obligación se vuelve exigible, pero si desaparece el término extintivo, la obligación tendrá una duración indefinida.

En atención a que el término no extingue la obligación primitiva ni crea una sustituta, no es una modificación sustancial de la obligación que sea constitutiva de una novación."

Hasta aquí las expresiones de Martínez Alfaro.

Por nuestra parte, abrigamos dudas acerca de la certeza del precepto bajo comentario, cuando establece, en los términos más amplios, que la modificación del plazo no produce novación, toda vez que en ciertos casos ella sí podría generarse, como veremos seguidamente.

Cuando la modificación del plazo no afecta de modo considerable al objeto de la obligación en sí, es evidente que no se produce novación. Si, por ejemplo, en el título original de la obligación se ha establecido que el deudor deberá pagar una determinada cantidad de dinero el día 21 de julio de 1997, y antes de vencido dicho plazo suspensivo ambas partes acuerdan que el pago ya no se efectuará el día 21 sino el día 22, resultaría obvio que la variación del plazo no habría afectado sino en forma absolutamente adjetiva la integridad de la obligación pactada. Se podría decir, sin duda alguna, que la obligación sigue siendo la misma.

En cambio, la variación del plazo podría resultar fundamental en el siguiente caso: dos partes han celebrado un contrato de suministro, por el cual una de ellas se ha obligado a suministrar a la otra la cantidad de mil cajas de cerveza los días viernes de todo el mes de abril de 1997. Si luego de celebrado el contrato ambas partes amplían el plazo de un mes a un año, resultará evidente que aquí el plazo resolutorio jugaba un papel fundamental en el contrato, y que la variación del mismo no ha hecho que la relación jurídica patrimonial se altere en forma intrascendente, sino, por el contrario, se ha modificado de manera notable, ya que las partes que antes estaban obligadas sólo durante un mes a ejecutar sus prestaciones, ahora lo estarán durante un año, vale decir, por un plazo once veces mayor que el originalmente previsto. En este caso la variación del plazo habría producido una novación de la obligación, supuesto que no ha sido contemplado por el artículo 1279 del Código Civil.

A nuestro entender, si bien la variación del plazo puede ser

accesoria (justamente en el supuesto de que sólo represente un cambio en la fecha de cumplimiento, como sería el caso del plazo suspensivo), ella podría ser fundamental, si representa una ejecución más o menos dilatada de la prestación original (ejemplo propuesto por nosotros de plazo resolutorio). Es decir, la prestación devendría en distinta -y por lo tanto habría novación- por la modificación del plazo.

En otras palabras, la modificación del plazo sería la causa de que exista esa variación en la prestación y, en consecuencia, de que se hubiera novado la obligación.

Por tal razón consideramos que la norma debe interpretarse en el sentido de que la variación del plazo podrá o no producir la novación de la obligación, considerando la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

(d) *La modificación del lugar del pago.*

El precepto bajo comentario establece que la modificación del lugar del pago no produce novación.

Señala Boffi Boggero [7] que no estaremos en presencia de novación si existiesen modificaciones acerca del lugar de pago. Agrega que si el pago debía celebrarse en un lugar o sitio y luego se conviene hacerlo en otro, no hay novación porque también en este supuesto la obligación es la misma.

Para Ospina Fernández[8] no habría novación con el cambio de lugar para el pago, el que deja incólumes las hipotecas y prendas, y la responsabilidad de los deudores solidarios y subsidiarios; pero si dicha mutación ocasiona mayores gravámenes, estos no afectan a esos codeudores solidarios, ni a los terceros garantes.

---

(7) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 324.
(8) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 247 y 248.

Por nuestra parte, estimamos, al igual que en el tema del plazo, que la variación del lugar del pago podría o no revestir la importancia necesaria como para considerarse que ha producido novación en la obligación.

Un ejemplo de variación intrascendente sería el que mencionamos a continuación: una empresa con sede en la Provincia de Lima, se compromete a entregar a una persona en la misma ciudad de Lima, Distrito de San Isidro, una maquinaria pesada. Luego de celebrado el contrato, ambas partes acuerdan que la mencionada maquinaria ya no será entregada en San Isidro sino en el Distrito de Pueblo Libre. Aquí no se habría producido novación de la obligación, porque dicho cambio resultaría intrascendente, ya que el cumplimiento de la obligación no representaría, prácticamente, ningún mayor o menor esfuerzo para el deudor.

En cambio, sí se habría producido novación de la obligación si se hubiese pactado el cambio del lugar de pago del Distrito de San Isidro en la Provincia de Lima, a la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, puesto que la ejecución de la obligación (el pago) sería mucho más gravosa para el deudor (que es quien debe soportar los gastos que ocasione el pago -argumento del artículo 1241 del Código Civil-).

Creemos que para el supuesto del lugar de pago debe adoptarse una solución similar a la propuesta por nosotros para el caso del plazo, esto es considerar la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

(e) *Cualquier otro cambio accesorio.*

El artículo 1279 del Código Civil prescribe en su parte final que cualquier otro cambio accesorio de la obligación no produce novación.

Según Ospina Fernández [9], las modificaciones accidentales no producen novación ni, por ende, sus efectos; sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley, debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quien no ha participado en el acto que las introduce.

Agrega Ospina Fernández [10] que la novación requiere que el contrato modifique el vínculo y lo sustituya por otro enteramente nuevo que difiera de aquél por alguno de sus sujetos, o por su objeto, o por la **causa generandi**; pues si no se producen estas precisas condiciones, los cambios introducidos por el pacto son accidentales y solamente dan lugar a que, subsistiendo la obligación primitiva, se modifique el régimen a ella asignado cuando fue contraída.

En opinión de Boffi Boggero [11], una modificación en las estipulaciones del acto celebrado que no revista trascendencia alguna no produce novación, como podría ser el color de un auto que debe entregar una empresa distribuidora de vehículos a un cliente, o si el vehículo incluye o no equipo de sonido. Piensa que para estos efectos, los ejemplos son abundantes. Es claro que esos cambios siempre tendrían que efectuarse de común acuerdo entre acreedor y deudor. De otra manera no habría novación, sino cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, de la lectura del artículo 1279, **in fine**, no queda claro cuáles son las variaciones accidentales en la prestación que no producen novación, y por ello no es posible deducir **contrario sensu** cuáles son aquellos supuestos que sí constituyen novación objetiva por cambio de la prestación debida.

---

(9) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 447.
(10) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 445 y 446.
(11) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 320.

En tal sentido, estimamos necesario efectuar un análisis sobre aquellos cambios en la obligación que en opinión de la doctrina consultada no producen novación.

Según se verá del estudio de cada caso, nuestra opinión discrepa, en ciertas oportunidades, del parecer mayoritario de la doctrina, por las consideraciones que luego anotamos.

Advertimos al lector que no es nuestra intención efectuar una enumeración taxativa de los mismos, porque ello sería tarea imposible. Vamos a referirnos a algunos casos sólo a modo de ilustración; en tal virtud, cualquier omisión no debe interpretarse como excluyente.

(1) *Aumento en el monto de la prestación pactada.*

Cuando se aumenta el monto de la prestación pactada nos encontramos ante un supuesto en el cual resulta discutible si hay o no novación objetiva.

Debemos reconocer que los autores consultados, que se pronuncian sobre el particular, se inclinan por la negativa.

De esta opinión es Luis María Boffi Boggero [12], quien señala que no habrá novación en la modificación del importe de la deuda.

Anota este autor que es un caso claro, pues la alteración de las cifras es, por definición, un problema de grado que deja entera e intacta la esencia obligacional. Pero refiere que excepcionalmente se ha considerado que cuando el grado es muy diferente hay una cuestión de esencia.

En tal sentido, recuerda Llambías [13] que se ha considerado

(12) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 325.
(13) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 50.

que el simple aumento o reducción del alquiler no causa novación si no cambian las demás condiciones de la locación; pero el criterio no ha sido uniforme, pues también se ha resuelto que aquella modificación importa novación.

Llambías piensa que no es posible dar una conclusión categórica, pues se trata de apreciar cuál es, en cada caso, la voluntad de las partes. En principio -dice- hay que interpretar que el solo cambio en el monto del alquiler no implica novación; pero se podría llegar a otra conclusión si la diferencia de cantidad es muy importante y, especialmente, si concurren otros cambios, que en su conjunto persuadan acerca de la existencia de una nueva obligación sustitutiva de la primera por haber mediado un cambio de causa, es decir, un contrato por otro.

Por nuestra parte, consideramos que, en la medida en que exista un aumento en el monto de la prestación, es decir, en la cantidad del número de unidades de que consta la misma, habrá siempre novación objetiva por cambio en la prestación.

En el ordenamiento jurídico peruano no sería posible sostener lo contrario, basándonos en el principio de integridad en el pago, ya que luego de producido el acuerdo novatorio el deudor deberá una cantidad mayor que aquélla originalmente adeudada; y no podrá cumplir pagando la suma convenida en un inicio, pues de intentar hacerlo su acreedor podría rechazar ese pago parcial, conforme a lo previsto por el artículo 1221 del Código Civil, precepto que fuera analizado oportunamente [14].

(2) *Reducción del monto original de la prestación.*

Otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio resulta discutible es la reducción del monto de la prestación originaria.

(14) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 231 a 241.

Según Giorgi [15], existen ciertas mutaciones en el objeto, como por ejemplo, la reducción de la suma debida, que no producen novación.

Por su parte, Planiol y Ripert [16], citando jurisprudencia francesa, señalan que no hay novación si se reduce el monto de la deuda.

En igual sentido opina Guillermo Suárez Suárez [17], cuando expresa que tampoco puede haber novación cuando la segunda obligación quita una especie, género o cantidad a la primera, porque esta mutación tampoco afecta la estructura jurídica de la obligación primitiva.

Del mismo parecer son Phillipe Malaurie y Laurent Aynès [18], al anotar que no hay novación cuando simplemente se modifica el monto de la deuda.

En nuestra opinión, el tema de la reducción del monto de la deuda podría interpretarse en dos sentidos.

El primero, que hay novación objetiva, para lo cual podrían esgrimirse las mismas consideraciones anotadas en el numeral (1) que antecede.

El segundo, en apreciar el tema desde la perspectiva de una condonación parcial de la obligación, vale decir, que dicha reducción se origina en el perdón de una parte de la deuda al que llegan -de mutuo acuerdo- acreedor y deudor.

Creemos que no puede establecerse un principio o regla general que otorgue una solución definitiva y absoluta a la con-

(15) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 463 y siguientes.
(16) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, nota de pie de página # 3, Página 348.
(17) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 301.
(18) MALAURIE, Phillipe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 596.

troversia; en tal sentido, tendrá que apreciarse, necesariamente, la manera cómo se ha contraído la obligación, así como los términos empleados en ella, para determinar si se trata de una u otra figura jurídica.

No obstante lo expresado, debemos ser claros en excluir de esta hipótesis aquellos casos en los cuales el deudor efectúa amortizaciones paulatinas o parciales de la deuda, ya que luego de cada pago, será obvio que la deuda tendrá un monto menor, pero ello por el simple efecto del pago -el mismo que ha extinguido parcialmente la obligación-. En estos supuestos no estamos en presencia de novación alguna, pues para dichos pagos parciales -comunes y corrientes- no media **animus novandi**, es decir, la intención de las partes de convertir su obligación en otra distinta, sino la voluntad de extinguirla gradualmente, sin recurrir a la creación de alguna nueva obligación.

(3) *Variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda.*

Otro de los supuestos que suscita polémica acerca de la novación objetiva es el referido a la variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda, en el entendido de que en la nueva moneda convenida, tanto la anterior como la antigua obligación son inicialmente de igual valor.

Sobre el particular, Phillipe Malaurie y Laurent Aynès [19] indican que los tribunales franceses son exigentes en señalar que no hay novación incluso en el caso en que se sustituya la deuda de una moneda extranjera a la moneda francesa, citando para ello una jurisprudencia civil de 17 de diciembre de 1928.

En igual sentido se pronuncian los Mazeaud [20], cuando ano-

(19) MALAURIE, Phillipe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 596.
(20) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 466.

tan que una modificación en un medio de cambio no lleva consigo novación; subsiste la obligación, con todas sus garantías; de manera especial, la sustitución de una moneda de pago por otra; e igualmente la entrega de un cheque, de una letra de cambio o de un pagaré a la orden.

En opinión nuestra, si se pactase un contrato a través del cual una parte se obligara a cumplir determinada prestación a cambio de recibir una cantidad en nuevos soles, y luego ambas partes acordasen que a cambio de la mencionada prestación no se entregara la cantidad estipulada de nuevos soles sino su equivalente en dólares estadounidenses, se habría producido novación, ya que la moneda extranjera (cualquiera que ésta sea) constituye un signo que representa al dinero, pero no es igual al dinero, que en nuestro país, por la ley del curso legal y del curso forzoso, está constituido exclusivamente por nuevos soles [21].

En caso de que las partes acordaran el cambio de moneda para una obligación dineraria, se trataría de un supuesto de novación objetiva, ya que ambas obligaciones (la de pagar con moneda nacional y la de pagar con moneda extranjera) tendrían consecuencias diferentes, como el clarísimo caso de las fluctuaciones de valor entre ambas monedas, lo que necesariamente originaría una modificación del monto de la prestación primitiva, el mismo que podría llegar a ser sustancial. Es diferente adeudar nuevos soles -moneda usualmente débil- que francos suizos -moneda usualmente sólida-. Un importante argumento para considerar al cambio de moneda en la obligación como novatoria, sería el hecho de que, en caso de existir garantes (fiadores), no se les podría exigir que continuaran obligados por una prestación distinta, que podría llegar a ser bastante más onerosa que la primigenia.

(21) Sobre el tema, remitimos al lector al análisis que en relación al pago en moneda extranjera efectuara uno de los coautores de esta obra (CASTILLO FREYRE, Mario. El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta, Páginas 53 a 68.).

Analicemos el caso de una deuda contraída originalmente en moneda extranjera que, por acuerdo entre las partes, se cambia por una obligación consistente en dar moneda nacional. ¿Estaríamos ante un caso de novación?

Debemos aclarar a este respecto que no nos estamos refiriendo a la aplicación del artículo 1237 del Código Civil. De acuerdo con este precepto, el pago de una deuda en moneda extranjera, salvo pacto en contrario, puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

La moneda extranjera, en el supuesto planteado por dicho artículo, se encuentra **in obligatione**, es la moneda de contrato. En cambio, la moneda nacional se encuentra **in facultate solutionis**, es la moneda de pago.

Como expresa José León Barandiarán [22], la moneda del contrato indica el **quantum** de la obligación, mientras que la moneda de pago indica la cantidad de unidades monetarias conforme a las cuales se puede satisfacer válidamente la prestación.

El Código Civil, en la norma que consigna el artículo 1237, ha consagrado una obligación facultativa legal. Es decir, el deudor puede escoger entre pagar en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional, en sustitución de la extranjera, al tipo de cambio indicado por el mismo precepto.

El caso que analizamos es el que se presenta cuando las partes deciden transformar esa obligación contraída en moneda extranjera, sin que todavía se efectúe el pago en moneda nacional. En este supuesto se produce un cambio sustancial en el objeto de la obligación.

(22) LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Tomo I, Página 297

En efecto, mientras que en la obligación estipulada en moneda extranjera ésta es la prestación principal, es decir, la que se halla **in obligatione**, al producirse su cambio, convirtiéndose en una obligación de pagar moneda nacional, ésta se transformaría en la moneda **in obligatione**. No habría aquí sino una obligación de dar moneda nacional. La obligación ya no sería facultativa, sino por el contrario una obligación simple de dar una suma de dinero expresada en esa moneda. El pago, en esta situación, tendría necesariamente que verificarse en moneda nacional. La deuda originaria consistiría en esa moneda. No sólo constituiría por tanto la moneda del contrato, sino que igualmente sería la moneda de pago.

Este supuesto es por tanto totalmente diverso a aquel planteado inicialmente, pues en ese, la moneda nacional constituye tan sólo el medio liberatorio del que puede valerse el deudor para cumplir con la obligación contraída en moneda extranjera.

Teniendo en cuenta los alcances de la transformación de la deuda contraída originalmente en moneda extranjera, a fin de que constituya una obligación de dar moneda nacional, estimamos que existe novación.

En el caso propuesto, el cambio de prestación recae sobre lo que constituye el objeto principal de la obligación: la moneda del contrato. La prestación principal ya no consistiría en dar moneda extranjera, sino por el contrario moneda nacional.

En opinión nuestra, hay en este supuesto una efectiva sustitución de la primitiva obligación por otra nueva, y por ello estimamos que existe novación.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este punto, queremos subrayar que continuaríamos en presencia de un supuesto novatorio, en la eventualidad de que la obligación original hubiese sido pactada en cualquier moneda extranjera (por ejemplo, francos franceses) y que luego las partes decidieran convertirla en una deuda expresada en otra moneda extranjera (por ejemplo, yenes japoneses), caso en el cual habría novación porque, como es obvio, no se trataría del mismo signo monetario.

(4) *Cambio en la formalidad del acto celebrado.*

Un supuesto adicional que motiva el interés de la doctrina consultada es el relativo a si el cambio en la formalidad del acto celebrado constituye o no novación.

En este orden de ideas, François Laurent [23] señala que, por ejemplo, un acto sin legalizar comprueba la deuda. Si después las partes convienen en redactar un acta auténtica, no habrá novación en esto, indudablemente, pues ni siquiera se concibe que surja una duda sobre este punto; sería como desconocer el objeto de los actos que las partes determinan que es conveniente aprobar; estas actas sólo sirven de prueba; y se pregunta si acaso la prueba más o menos fácil, más o menos convincente, cambia lo que sea la naturaleza de la deuda, su objeto o sus efectos. Precisa Laurent que es cierto que el acta auténtica tiene mérito ejecutivo, pero se pregunta qué importa ello, pues el acreedor que tiene un acto sin legalizar puede obtener la misma ventaja intentando una acción judicial.

Recuerda Laurent que la jurisprudencia de su tiempo se pronuncia en este sentido. Y anota que generalmente las actas auténticas están acompañadas de estipulaciones hipotecarias, y aun en esta relación no se puede decir que los actos notariados producen novación, pues el deudor sólo consiente voluntariamente lo que obtenía con pleno derecho el acreedor al obrar en justicia, ya que según el Código Civil Francés, el juicio daba al acreedor una hipoteca sobre todos

(23) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 300.

los bienes de su deudor, y, por consiguiente, al redactar un acta auténtica y aceptar una hipoteca, el deudor acuerda lo que no se puede rechazar.

Para Boffi Boggero [24], no habría novación en la modificación del documento constatante. Precisa que si el documento que constata la obligación se cambió (como ocurre en el cambio de un instrumento privado a otro público), la obligación permanece igual; y así lo han reconocido, también, los tribunales argentinos.

Por nuestra parte, consideramos que el caso materia de análisis suscita seis hipótesis.

La primera, cuando las partes inicialmente han celebrado un acto consensual y luego deciden transformarlo en un acto **ad probationem**.

La segunda, cuando las partes hubieran celebrado inicialmente un acto consensual, pero luego deciden convertirlo en uno **ad solemnitatem**.

La tercera, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto **ad probationem** y posteriormente lo transforman en uno consensual.

La cuarta, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto **ad probationem** y más tarde deciden convertirlo en uno **ad solemnitatem**.

La quinta, cuando las partes han celebrado un acto **ad solemnitatem** (en la medida en que se hubiera tratado de una solemnidad autoimpuesta por las partes y no por la ley) y luego acuerdan transformarlo en uno consensual.

Y la sexta, en caso que las partes hubieran celebrado inicialmente un acto solemne (autoimponiéndose dicha solemnidad) y posteriormente lo convierten en uno **ad probationem**.

(24) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 325.

En ninguno de estos casos hay novación. Para sustentar esta tesis nos basamos en las expresiones del profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández [25], quien anota que no habría novación cuando se pacta el cambio de la prueba de la obligación, como cuando se estipula que el contrato de arrendamiento, que es consensual, se eleve a escritura pública, o cuando esta escritura se otorga sin pacto previo. Precisa Ospina que la obligación u obligaciones han nacido válidamente, sin necesidad de esa escritura, y subsisten idénticas con el otorgamiento de ésta, a menos que el pacto consista en que el contrato no se repute perfecto mientras no se firme la escritura. En este último caso -según Ospina- se han subordinado las obligaciones del contrato a una condición y no nacen mientras ésta no se cumpla; pero aquí tampoco hay novación, porque no se dan obligaciones sucesivas, sino una o unas solas obligaciones coetáneas: las producidas por el contrato que se celebra al ser escriturado.

(5) *Aumento, reducción o supresión de la tasa de interés.*

El aumento, reducción o supresión de la tasa de interés, podrían constituir otros supuestos discutibles de novación objetiva por cambio de prestación.

Opina en sentido negativo el Doctor H. Gustavo Palacio Pimentel [26], cuando estima que en ninguno de tales casos existe novación.

En igual sentido, Ospina Fernández [27] señala que no habría novación por existir un pacto de intereses antes no estipulados o un aumento de los que sí lo estaban, pues tal pacto

(25) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 446.
(26) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Página 615.
(27) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 448.

no puede afectar a los codeudores y terceros garantes que no han participado en él, ya que aquí se trata de una obligación nueva a la que ellos no acceden.

Según Borja Soriano [28], las modificaciones aportadas al servicio o al tipo de los intereses se concilian perfectamente con el mantenimiento de la deuda; entonces, no hay novación si después del vencimiento de una deuda que no causaba intereses el deudor se obliga a pagarlos.

Nuestra opinión concuerda con la doctrina citada, entendiendo que la modificación de la tasa de interés de una obligación no puede configurar un supuesto novatorio. Ello en virtud de que los intereses son accesorios de la obligación principal (el capital).

Sin embargo, hacemos la salvedad de que una disminución en el monto de los intereses podría ser considerada como una condonación parcial, en tanto que el convenio sobre eliminación de los mismos podría entenderse como una condonación total.

(6) *Inclusión de un cargo a una obligación pura y simple o supresión del cargo originalmente estipulado en la obligación.*

Estimamos que se podría tratar de un supuesto de novación objetiva por cambio de prestación, cuando una obligación pura y simple se convierte (por pacto o por mandato de la ley) en una obligación con cargo.

Del mismo modo, cuando una obligación con cargo se convierte en una pura y simple podría haber novación.

Sin embargo, la doctrina consultada no comparte en términos absolutos nuestra apreciación.

---

(28) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 618.

Para Boffi Boggero [29], por ejemplo, no existe novación en la modificación de un cargo no condicional. En este caso la obligación queda intacta, debiendo, quien la incumple, pagar la indemnización correspondiente.

Pensamos que habría que analizar cada caso concreto. Así, no habría novación en supuestos tales como la modificación de un cargo en el acto celebrado, siempre y cuando fuese intrascendente, pues si el mismo revistiera importancia patrimonial, sí se produciría novación.

(7) *Adición o supresión de una cláusula penal.*

En relación con el tema de la cláusula penal, Palacio Pimentel [30] opina que su adición a una relación obligacional no genera efectos novatorios.

Creemos que ello sería así en tanto nos encontremos ante la adición de una cláusula penal -en estricto-, vale decir, de un pacto anticipado de indemnización, convenido antes de producirse cualquier incumplimiento o mora. Esto, porque la cláusula penal es subsidiaria y accesoria a la obligación de que se trate o cuyo cumplimiento asegure.

Con o sin cláusula penal, la obligación principal será exactamente la misma. Por eso, la inclusión o supresión de una cláusula penal sólo tendrá efectos de producirse el hecho para cuya seguridad se ha pactado, independientemente del contenido de la obligación principal, el mismo que permanece intacto.

(8) *Adición o supresión de las garantías.*

Las modificaciones de las garantías es otro de los temas

---

(29) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 324.
(30) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Página 615.

contemplados por la doctrina para dilucidar si en tales eventualidades hay o no novación.

Compartimos la opinión unánime de una respuesta negativa.

Henri, Léon y Jean Mazeaud [31] señalan que como las garantías no son sino accesorios del crédito, una modificación en las garantías no afecta a la existencia de la deuda. Ello no implica novación, conforme a una ejecutoria francesa de 8 de noviembre de 1875.

En opinión de Borja Soriano [32], la modificación de las garantías no produce novación. En tal sentido, anota que si el deudor o un tercero otorgan garantía al acreedor, esto no es suficiente para que opere novación. La fianza, la constitución de una prenda o de una hipoteca tienen por efecto simplemente asegurar el pago. Hacen nacer un accesorio de la deuda, pero no cambian nada en ella.

Para Ospina Fernández [33], no habrá novación cuando se constituyen garantías que la obligación no tenía, o se aumentan, reducen o suprimen las que sí tenía, porque las garantías también son accesorios del crédito y su modificación no altera la prestación principal.

Según Boffi Boggero [34], no habrá novación cuando se agreguen o supriman garantías, pues estas son sólo un accesorio de la obligación principal, y toda mutación de ellas deja entera e intacta a esta última. Agrega Boffi Boggero que así lo han entendido los tribunales argentinos.

---

(31) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Página 466.
(32) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 618.
(33) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 446.
(34) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 324 y 325.

(9) *La **litis contestatio**.*

También se ha debatido si la **litis contestatio** produce novación.

Creemos -con Boffi Boggero y Llambías- que no la produce.

Para Boffi Boggero [35], no habría novación en la modificación de la **litis contestatio**. Esta materia ha sido objeto de un amplio debate entre quienes afirman que la figura mencionada produce novación y quienes expresan lo contrario.

Anota Boffi Boggero que la **litis contestatio**, al margen de cualquier antecedente romano, no opera novación, ya que la obligación debatida queda intacta después de aquella figura jurídica.

Llambías [36] afirma que la **litis contestatio** tampoco constituye un supuesto de novación. Señala el citado profesor que antiguamente se consideraba que la **litis contestatio**, o sea, la traba del litigio por demanda y contestación, entrañaba novación por cambio de causa, porque la **litis** ligaba a las partes y les imponía el deber de seguirla, de modo que la causa de las obligaciones existentes entre ellas ya no era la primitiva, sino el juicio mismo en que aquella se había volcado.

Precisa el autor argentino que, cualquiera fuese la validez de esa concepción en el Derecho Romano, no se duda ya de que carece de sustento en el Derecho moderno, en el cual la **litis contestatio** sólo anuda una relación procesal sin modificar la relación jurídica sustancial que pudiera vincular a las partes; de ahí que sea dable concluir que la traba de un litigio judicial no configura novación.

---

(35) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 325.
(36) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 49.

(10) *Variaciones en la obligación en virtud de una resolución judicial.*

La modificación de la obligación por resolución judicial es otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio es discutida en doctrina.

La mayoría de los autores consultados consideran que este supuesto no produce novación.

Para Boffi Boggero [37], no habría novación en la modificación por sentencia judicial. Recuerda el citado profesor que se ha sostenido que la sentencia judicial produce novación sobre la base de que, por ejemplo, agrega **imperium** (nota de Derecho Procesal); el crédito se torna líquido, cierto; las obligaciones de hacer se transforman en obligaciones de dar; se establecen intereses donde no se habían convenido, etc. Boffi Boggero piensa, sin embargo, que no hay novación porque media inalterabilidad esencial de la obligación originaria, recogida en la sentencia, sea ésta de las llamadas declarativas, condenatorias, constitutivas o de cualquier otra terminología afín.

Expresa Llambías [38], a su turno, que durante bastante tiempo los tribunales argentinos decidieron que la sentencia dictada en un juicio causaba la novación de las pretensiones ventiladas por las partes: cuando el acreedor obtenía una sentencia favorable, su título respaldado por el imperio judicial, emanaba de dicha sentencia y de la causa primitiva de la obligación -de ahí que en ese país la prescripción correspondiente a la ejecutoria judicial sea de diez años, aunque pudiese ser otro el plazo correspondiente a la obligación que hubiera motivado la sentencia-. Pero anota Llambías que se considera actualmente que, siendo la sentencia declarativa

---

(37) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 325 y 326.
(38) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 49 y 50.

del derecho de las partes, ella no produce novación sino que se limita a verificar la existencia de ese derecho en los términos que lo reconoce; y, en cuanto a las sentencias constitutivas, aunque originen obligaciones que encuentran su causa en el pronunciamiento judicial, no se refieren a la extinción de obligaciones anteriores, por lo que nunca pueden configurar novación [39].

(11) *Sustitución del carácter civil de la obligación por uno comercial y viceversa.*

Boffi Boggero [40] sostiene que no constituye novación la sustitución del carácter de obligación civil por el de comercial y viceversa.

Añade este autor que la doctrina se ha dividido en torno al punto. Una parte estima, sobre todo por los diferentes plazos prescriptorios, que la respuesta debe ser afirmativa, mientras otra, considerando el primer supuesto -obligación civil primera-, sostiene que no, porque sigue siendo la misma obligación, aunque sometida a diverso régimen.

Boffi Boggero piensa que no hay novación en virtud de las siguientes razones: ante todo -y esto es decisivo- se trata del mantenimiento de la misma obligación, porque, sea a través del cambio de competencia jurisdiccional o de la prescripción, siempre se está ante una misma obligación, y el carácter civil o comercial de ella mantiene la esencia intacta; siendo esto lo que acontece también en materia de plazo y, no mediando cambio de la causa de la deuda, cuando el acreedor aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de aquélla.

---

(39) Por nuestra parte, remitimos al lector a los comentarios anotados en el análisis del artículo 1277 del Código Civil sobre la novación legal que opera en virtud de resolución judicial.
(40) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 323 y 324.

Refiere Llambías [41], por su parte, que se discute mucho si la transformación de una obligación civil en comercial -por ejemplo si se sustituye un reconocimiento de deuda originada en los servicios médicos recibidos por un pagaré comercial-, o viceversa, causa la novación de la obligación primitiva. Recuerda que Lafaille, Salvat y Galli piensan que en esa hipótesis se produce novación porque se suscita -en la Argentina- un cambio en la jurisdicción competente que habrá de ser la de los tribunales del fuero comercial, y en cuanto al plazo de prescripción aplicable. Otros autores -cuya opinión comparte Llambías- consideran que en ese supuesto no hay novación, solución que considera congruente con la que adopta el codificador argentino en el artículo 813, con respecto al pago con documentos.

Sobre este particular, pensamos que dado el creciente proceso de unificación a nivel legislativo del tratamiento de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, paulatinamente desaparecerá la incertidumbre anotada.

Como sabemos, el Perú no ha sido ajeno a este proceso de unificación y, a través del artículo 2112 del Código Civil de 1984, se estableció que "Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio."

Ahora bien, no obstante ello, sí habría novación en tanto -teóricamente hablando- el nuevo régimen legal aplicable a la obligación difiera del que le resultaba pertinente cuando tenía una naturaleza distinta.

Por lo demás, en el Derecho Peruano no se presenta el problema anotado por los profesores argentinos citados, ya que

(41) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 50 y 51.

los procesos civiles y comerciales no tienen -por esa sola circunstancia- trámite distinto.

(12) *Modificaciones en el modo de ejecución de la prestación.*

En relación con eventuales modificaciones sobre el modo de cumplimiento de la obligación, estima Boffi Boggero [42] que no habría novación cuando se den modificaciones sobre el "modo del cumplimiento"; pues la expresión "modo" significa -en este punto- algo semejante a manera o procedimiento para cumplir o pagar; la obligación es la misma, ya se pague en la moneda pactada, ya en otra de curso legal, se agregue o se suprima la **facultate solutionis**.

Por nuestra parte, consideramos que las expresiones del citado profesor argentino no deben ser tomadas en términos absolutos, ya que si bien es cierto que ellas resultarían aplicables a la gran mayoría de las obligaciones de dar, no debe olvidarse que el modo de cumplimiento usualmente es fundamental en las obligaciones de hacer, tal como lo expresamos al analizar dicha clase de obligaciones [43].

De esta forma, el cambio en la manera o modo de ejecución de la prestación podría tener tal relevancia que constituya un supuesto de novación objetiva.

Por ejemplo, si un cantante se obliga con un canal de televisión a efectuar una presentación utilizando **play back** y, con posterioridad, acuerda con la misma empresa realizar dicha presentación en vivo, sin duda se habría novado la obligación primigenia.

Adviértase que el modo de ejecución de la prestación tiene,

(42) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 324.
(43) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Páginas 189 a 195.

en este caso, particular importancia. Una presentación en vivo a menudo supone la presencia de una orquesta, y ésta, evidentemente, hace más onerosa a la prestación originaria.

(13) *Inclusión de una deuda en una cuenta corriente.*

También resulta claro, como anota Palacio Pimentel [44], que la incorporación de una deuda en una cuenta corriente no constituiría novación.

Hasta aquí los supuestos cuya calidad de actos novatorios son negados, en general, por la doctrina, y discutidos, en algunos casos, por nosotros.

(14) *Otros casos.*

Estimamos necesario, antes de concluir, anotar los supuestos de mayor incidencia práctica que, en opinión nuestra, sí constituyen novación, ya que, según hemos señalado, del tenor del artículo 1279 bajo análisis no es posible establecer **contrario sensu** cuáles son los cambios en la prestación que producen novación. En adelante, enunciamos tales supuestos:

1. Otro caso novatorio se presenta cuando una de las comúnmente llamadas obligaciones naturales se sustituye por otra de carácter civil.

   Desde antiguo, una obligación natural podía servir de base a la novación.

   Refiere Eduardo Volterra [45] que en algunos textos romanos se afirma que tanto una **obligatio civilis**, cuanto una **obligatio naturalis**, podían ser sometidas a la novación.

---

(44) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Página 615.
(45) VOLTERRA, Eduardo. Op. cit., Página 602.

Entre tales textos encontramos al de Ulpiano -citado por Felippo Serafini [46]-: "**Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accipit et nova obligatione.**"

Sobre el tema, señalan Arias Ramos y Arias Bonet [47] que en el Derecho Romano la obligación anterior que se pretendía novar podía ser de cualquier clase: meramente civil, natural o pretoria; y derivada de cualquier fuente.

Al estudiar los requisitos de la novación, anotamos que ésta exige, entre otros elementos, la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente.

Adviértase que la novación precisa únicamente de la validez de la obligación primitiva, mas no de su exigibilidad. En tal sentido, consideramos posible novar las denominadas obligaciones naturales.

En opinión de Llambías [48], todas las obligaciones naturales pueden ser -en principio- objeto de novación, pues ésta sólo requiere la existencia de una obligación anterior que le sirva de causa, extremo que satisface la obligación natural que es verdadera obligación.

A decir de Guillermo Suárez [49], poco importa que la obligación primigenia sea civil o natural, ya que ambas son causa eficiente de un pago válido. Si la obligación es válida, siquiera naturalmente, hay novación [50].

---

(46) SERAFINI, Felippo. Op. cit., Tomo II, nota de pie de página # 6, Página 114.
(47) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. Op. cit., Tomo II, Página 713.
(48) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 61.
(49) SUAREZ SUAREZ, Guillermo. Op. cit., Página 295.
(50) Resulta de interés anotar que el Código Civil Colombiano legisla sobre el particular en el artículo 1689, disponiendo que para la validez

Considera Huc [51] que la obligación natural se puede novar porque se puede pagar, pues ella constituye una obligación civil imperfecta. En cambio, las obligaciones morales o de conciencia, pueden servir de base a una liberalidad, pero no para un verdadero pago ni para una novación.

Salvat [52], por su parte, expresa que la ley civil argentina, al exigir como condición de la novación la existencia de una obligación anterior, no hace distinción alguna entre obligación civil o natural, pues esta última -aunque el vínculo jurídico esté debilitado- constituye una verdadera obligación y como tal puede ser novada.

Dentro de tal orden de ideas, precisa señalarse que existe una posición contraria en doctrina.

En opinión de Laurent [53], las obligaciones naturales no pueden ser novadas, pues éstas no existen ante la ley al estar desprovistas de acción.

La novación -precisa Laurent- supone una deuda; luego, allí donde no hay deuda, la novación es imposible; siendo las obligaciones naturales inexistentes ante la ley civil, no es posible la novación.

Por otra parte, en opinión de algunos autores, el reconocimiento de una obligación natural tiene la virtualidad de transformar a ésta en una obligación civil.

Galli, citado por Llambías [54], afirma que el reconocimiento de la obligación natural, puede ser juzgado por las disposiciones de la novación a efectos de acordar acción al acreedor, en caso de que la obligación no sea luego cumplida espontáneamente por el deudor que la reconoció.

Expresa Salvat [55] que la conclusión favorable al respecto se funda en que la novación no exige necesariamente cambio de objeto, pues basta un cambio en algún elemento sustancial de la obligación. Por otro lado, el deudor que reconoce la obligación natural para permitir a su acreedor reclamar el cumplimiento, entiende quedar obligado sólo por la obligación del reconocimiento y no por éste, ni por la anterior obligación natural.

Anota Llambías [56] que, cuando el deudor acepta el carácter civil de la deuda, se produce la novación de la obligación natural que queda transformada en obligación civil.

No obstante, Llambías precisa que el mero reconocimiento de la obligación natural, en cuanto tal, no implica novación. Para que se produzca la transformación en obligación civil debe concurrir la inequívoca intención del deudor en ese sentido. Sería necesaria la expresión de la voluntad del deudor de asumir la deuda en el carácter de obligación civil.

En opinión nuestra, el reconocimiento de las obligaciones naturales podría tener efectos novatorios, tal como lo hemos manifestado.

Si el deudor de una deuda prescrita, por ejemplo, reconoce hallarse obligado a su cumplimiento, puede perfectamente renunciar a los beneficios de la prescripción extintiva acaecida (ya ganada), de suerte que la obliga-

---

de la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente.

(51) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 141.
(52) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 294 y 295.
(53) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 263 y siguientes.
(54) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 62.
(55) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 295.
(56) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Páginas 61 y 62.

ción -actualmente natural- se convertiría, una vez más, en civil, y, por tanto, resultaría exigible.

Así las cosas, el reconocimiento de una obligación natural (para nosotros simple deber jurídico de contenido patrimonial, distinto de las obligaciones civiles) y la renuncia expresa a la prescripción ya ganada, conferiría al acreedor, en caso de inejecución por el deudor, acción para exigir su pago.

2. Según lo establecido por el artículo 1284, primer párrafo, del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, habrá novación sólo si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

   Este es -sin lugar a dudas- un supuesto de novación objetiva, ya que así lo considera el propio texto de la ley.

3. Por otra parte, el artículo 1285, primer párrafo, del Código Civil, estatuye que, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

   Se trata, pues, de otro supuesto expreso de novación.

4. El segundo párrafo del artículo 1285 prevé otro caso de novación, al prescribir que cuando una obligación sujeta a condición resolutoria se convierte en pura y simple, opera novación, salvo pacto en contrario.

5. También estaremos en presencia de un supuesto novatorio, dentro de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil, norma que señala que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

6. Otro supuesto novatorio se configura cuando una obligación de dar se transforma en una de hacer.

7. Igualmente, habrá novación cuando una obligación de dar se transforma en una de no hacer.

8. Cuando una obligación de hacer se transforma en una de dar, estaremos, sin duda, ante un supuesto novatorio.

9. Lo mismo ocurrirá cuando una obligación de hacer se transforme en una de no hacer.

10. Igualmente estaremos en presencia de novación cuando una obligación de no hacer se transforme en una de dar.

11. Habrá novación cuando una obligación de no hacer se transforme en una de hacer.

12. Asimismo, estaremos en presencia de novación cuando una obligación de dar se transforme en otra de dar algo distinto.

13. Será novación si una obligación de dar bien cierto deviene en una de dar un bien fungible.

14. También habrá novación objetiva si la obligación de dar un bien fungible se transforma en una de dar un bien cierto.

15. Igualmente tendrá efectos novatorios una obligación de hacer al momento de transformarse en una de hacer algo distinto.

16. También habrá novación cuando una obligación de no hacer se transforma en otra de no hacer algo distinto.

17. Será novación si una obligación de objeto simple (es decir, de una sola prestación) se convierte en una obligación conjuntiva.

18. También habrá novación si una obligación de objeto simple se transforma en una obligación alternativa.

19. Lo propio ocurrirá si una obligación de objeto simple se transforma en una obligación facultativa.

20. También habrá novación cuando una obligación conjuntiva se convierta en una de objeto simple, cuando las partes así lo acuerden.

21. Será novación cuando una obligación alternativa se convierta en una de objeto simple (no por el proceso de "concentración anormal de la prestación", ni por producirse la elección de la prestación a ejecutar -ya sea por parte del deudor, del acreedor o de un tercero, según se haya convenido-, sino por acuerdo entre las partes).

22. Igualmente, habrá novación si una obligación facultativa deviene en una de objeto simple (pero no por resultar imposible la prestación accesoria, sino por existir acuerdo novatorio).

23. Sin lugar a dudas, estaremos en presencia de una novación cuando observemos la transformación de una obligación conjuntiva en otra de carácter alternativo.

24. También habrá novación si, por acuerdo de partes o disposición de la ley, una obligación conjuntiva se transforma en una de carácter facultativo.

25. Dentro del mismo orden de ideas, si una obligación alternativa se convierte en otra de carácter conjuntivo, también habrá novación.

26. También estaremos en presencia de una novación cuando una obligación alternativa se convierta en una facultativa.

27. Por otra parte, es obvio que habrá novación si una obligación facultativa se convierte en una conjuntiva.

28. Será también un supuesto novatorio si una obligación facultativa se transforma en otra de carácter alternativo.

29. Resulta evidente que también nos encontraremos ante supuestos novatorios cuando exista una transformación en las obligaciones con pluralidad de sujetos, ya que, al igual que en los casos antes mencionados, las diferencias en la naturaleza y tratamiento o regulación legislativos de estas obligaciones, podrán variar radicalmente el régimen de las mismas.

    Dentro de tal orden de ideas, habrá novación objetiva por cambio de prestación, cuando una obligación divisible y mancomunada se transforme en otra de carácter indivisible y mancomunado.

30. También habrá novación si una obligación divisible y mancomunada se transforma en otra de carácter indivisible y solidario.

31. Estaremos en presencia de otro supuesto de novación objetiva por cambio de prestación cuando una obligación divisible y mancomunada se transforme en otra de carácter divisible y solidario.

32. También habrá novación si una obligación divisible y solidaria se transformara en una indivisible y mancomunada.

33. Igualmente estaremos en presencia de novación objetiva cuando una obligación divisible y solidaria se transforme en otra de carácter indivisible y solidario.

34. Asimismo, habrá novación si una obligación divisible y solidaria deviene en otra de carácter divisible y mancomunado.

35. Por otra parte, también habrá novación si una obligación

indivisible y mancomunada se transforma en otra divisible y mancomunada.

36. Igualmente habrá novación si la obligación, que en un inicio era indivisible y mancomunada, deviene en otra de carácter divisible y solidario.

37. Ocurrirá lo propio si una obligación indivisible y mancomunada se transforma en otra indivisible y solidaria.

38. También habrá novación objetiva si una obligación indivisible y solidaria se transforma en otra divisible y mancomunada.

39. Estaremos ante un supuesto novatorio si una obligación indivisible y solidaria se transforma en otra de carácter divisible y solidario.

40. Asimismo habrá novación si una obligación indivisible y solidaria deviene en indivisible y mancomunada.

41. Por otra parte, resulta evidente que hablamos de un supuesto novatorio cuando una obligación de dar un bien cierto se transforma en otra de dar un bien incierto.

42. Si una obligación de dar bien incierto se transforma (no por efecto de la elección, sino de un acuerdo novatorio) en una obligación de dar bien cierto, habrá novación.

43. Estaremos en presencia de un supuesto novatorio en caso que la obligación de dar un bien incierto se transformara en otra de dar un bien fungible.

44. Lo propio ocurrirá en caso que una obligación de dar un bien fungible se vea transformada en otra de dar un bien incierto.

45. Como sabemos, los tres criterios clasificatorios de las obligaciones que contempla el Código Civil Peruano,

vale decir, de acuerdo con la naturaleza de la prestación (dar, hacer y no hacer), de acuerdo con la pluralidad de objetos (conjuntivas, alternativas y facultativas) y de acuerdo con la pluralidad de sujetos (divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias), no son excluyentes, sino complementarios.

En tal sentido, podríamos tener las siguientes combinaciones de relaciones obligatorias:

- Obligación de dar, conjuntiva, divisible y mancomunada.
- Obligación de dar, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, conjuntiva, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de dar, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de dar, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, alternativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de dar, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de dar, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, facultativa, indivisible y solidaria.

- Obligación de hacer, conjuntiva, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, conjuntiva, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de hacer, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, alternativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de hacer, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, facultativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, indivisible y mancomunada.

- Obligación de no hacer, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, alternativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, facultativa, indivisible y solidaria.

De lo expuesto puede apreciarse claramente que sólo utilizando los criterios clasificatorios de las obligaciones asumidos por el Código Civil Peruano (a los cuales -incluso- hemos agregado el de las obligaciones conjuntivas), tendríamos 36 supuestos o combinaciones distintas. De ahí que si nos planteáramos la posibilidad de que cada uno de esos supuestos se nove en otro cualquiera de los 35 restantes -lo que resulta plenamente factible en los planos teórico y práctico-, tendríamos un total de 1260 posibilidades novatorias, las mismas que -por razones obvias- no enumeramos.

– ***Concordancias nacionales.***

Indivisibilidad del pago, artículo 1221 del Código Civil / Pago con títulos valores, artículo 1233 del Código Civil / Concepto de novación, artículo 1277 del Código Civil / Novación en la obligación sujeta a condición suspensiva, artículo 1284 del Código Civil / Novación en la obligación sujeta a condición resolutoria, artículo 1285 del Código Civil / Novación en la obligación primitiva nula o anulable, artículo 1286 del Código Civil / Unificación de la contratación civil y comercial, artículo 2112 del Código Civil.

- NOVACION SUBJETIVA POR CAMBIO DE ACREEDOR.

Artículo 1280.- "*En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.*"

– ***Fuentes nacionales del artículo 1280.***

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

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, abordó la materia en el artículo 868: "La novación por la que un nuevo acreedor es substituido al antiguo, puede hacerse sin consentimiento del deudor."; en tanto que el *Código Civil de 1852* la reguló en el numeral 2265: "En las novaciones ó se observan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber, ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba el tema en el artículo 3001: "Para que haya novación por sustitución de acreedor, es necesario que con consentimiento del deudor se celebre el contrato entre el acreedor precedente y el que lo

sustituye.- Si el contrato se celebra sin consentimiento del deudor, no hay novación, sino cesión de derecho."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, se ocupó de la materia en su artículo 249: "En las novaciones, o se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda o causa de deber; o se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, o poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 238: "En las novaciones, o se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda o causa de deber; o se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, o poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior."

Posteriormente, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, rigió el tema en el artículo 1276: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se trasmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; mientras que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el artículo 1287: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no trató el tema; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 135: "En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1299: "En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1247: "En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1280 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1482, inciso 3), Chileno (artículo 1631, inciso 2), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 867), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 358, inciso III), Paraguayo de 1987 (artículo 609), Portugués de 1967 (artículo 858), Boliviano de 1831 (artículo 866), Uruguayo (artículo 1526, inciso 2), y Argentino (artículo 817: habrá novación por substitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, no habrá novación, sino cesión de derechos).

– ***Análisis.***

– ***Novación subjetiva.***

Otra de las formas en las que puede operar la novación es mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina novación subjetiva.

Según anotan Roland, Starck y Boyer [1], el cambio en los

(1) ROLAND, Henri, STARK, Boris y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 254.

sujetos de la obligación es un elemento nuevo suficiente que entraña novación.

En el Digesto -precisan los autores citados- se encuentra la fórmula **novatio enim a novo nomen accipit**, que significa sin novedad, no hay novación. En el caso de la novación subjetiva, el elemento nuevo o **aliquid novi** procede de un cambio en los sujetos (acreedor o deudor) de la obligación.

Jorge Eugenio Castañeda [2] señala que la novación subjetiva se da cuando cambian las partes que aparecen ligadas por la obligación; de modo que la obligación nueva difiere de la anterior porque ha cambiado o la persona del acreedor, o la persona del deudor.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas [3], la novación subjetiva es la que se produce cuando cambia alguno de los sujetos de la obligación, o, lo que es más raro pero no imposible, ambos.

En opinión nuestra, hay novación subjetiva cuando la obligación primitiva se sustituye por una relación obligatoria distinta, en la que aparece un nuevo acreedor o un nuevo deudor, o un nuevo acreedor y un nuevo deudor, por haber operado un cambio en los sujetos de la obligación primigenia.

– ***Clases de novación subjetiva*** .

– *Novación subjetiva por cambio de acreedor.*

El artículo 1280 del Código Civil Peruano de 1984, bajo comentario, trata del primer supuesto de novación subjetiva, esto es, de la novación por cambio de acreedor.

Esta modalidad novatoria se produce mediante la creación

(2) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 211.
(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 261.

de una nueva obligación con distinto acreedor, que extingue y sustituye a una relación obligatoria preexistente.

Castañeda [4] expresa que la novación subjetiva por mudanza del acreedor ocurre todas las veces que, en virtud de una nueva obligación, otro acreedor sustituye al acreedor antiguo, por lo que el deudor quedará libre con respecto a este último. La figura es ésta: el deudor contrae una obligación con otro acreedor y el acreedor originario declara libre a dicho deudor de la obligación primitiva. Así, "X" debe 500 a "Z" y convienen que en lugar de pagárselos a "Z" se los pague a "M", quien se transforma en acreedor.

Borja Soriano, citando a Baudry-Lacantinerie [5], anota que la novación por cambio de acreedor supone la sustitución de un nuevo acreedor al antiguo; el antiguo pierde sus derechos, en tanto el nuevo los adquiere.

Ahora bien, para que opere novación por cambio de acreedor se requiere del consentimiento de tres partes: del acreedor originario, del nuevo acreedor y del deudor (quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio del acreedor).

En efecto, esta forma novatoria exige no sólo el **animus novandi** del antiguo y del nuevo acreedor, sino también la voluntad de novar del deudor.

A decir de Castañeda [6], cuando la novación es por cambio de acreedor debe concurrir el consentimiento de los tres intervinientes, esto es, del antiguo acreedor, del deudor y del nuevo acreedor. El primero renuncia a su crédito; el deudor contrae una nueva deuda; y el nuevo acreedor adquiere un crédito.

(4) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 212.
(5) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 619.
(6) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 219.

La novación por cambio de acreedor determina la creación de una nueva obligación a cargo del deudor. De allí que se requiera del asentimiento de éste. Lo contrario significaría la imposición de una nueva obligación al deudor.

De similar opinión es Salvat [7], cuando señala, como condición de la novación que estudiamos, el que la sustitución de un acreedor por otro se haga con el consentimiento del deudor. La razón es que se trata de imponerle una nueva obligación y esta imposición no puede tener lugar sin la voluntad de aceptarla. Si este requisito falta, no habrá novación. Sin el concurso de la voluntad del deudor no puede haber creación de una nueva obligación, ni en consecuencia novación.

Según Albaladejo [8], en la novación subjetiva por cambio de acreedor es necesaria la concurrencia de las voluntades de los dos acreedores y del deudor. De los acreedores, porque uno pierde un derecho y el otro adquiere otro; y es preciso que lo consientan. Del deudor, porque contrae una obligación nueva -cuestión para la que se requiere su aceptación- que, aun siendo del mismo contenido que la antigua, puede serle perjudicial. Por ejemplo, si la contrae con posterioridad, tardaría más en prescribir.

En tal orden de ideas, resulta evidente que la declaración de voluntad del deudor es un requisito de validez del contrato novatorio bajo análisis, y no sólo uno de eficacia.

En suma, para que se extinga una obligación y en su reemplazo se cree una nueva con distinto acreedor, se requiere no sólo del convenio entre el primitivo acreedor y el nuevo, sino además el consentimiento del deudor. Este es un elemento esencial de la novación. Sin el consentimiento del

(7) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 61.
(8) ALBALADEJO, Manuel. Op cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 326 y 327.

deudor no podría crearse una nueva obligación a su cargo, aun cuando la prestación fuera la misma que la de la antigua obligación.

De otro lado, las declaraciones de voluntad que precisa la validez de la novación por cambio de acreedor pueden producirse o no de manera simultánea. En tal sentido, resulta indiferente si el asentimiento del deudor respecto de la novación es anterior, concomitante o posterior al acuerdo novatorio que el acreedor originario y el nuevo hubieren celebrado. Así, la declaración de voluntad del deudor podrá producirse incluso con posterioridad a dicho acuerdo, pero sólo entonces este último tendrá validez.

Más aun, en opinión de Salvat [9], el consentimiento del deudor puede manifestarse de manera expresa o tácita. Por un lado, la ley no exige manifestación expresa y, de otro, la voluntad de novar -si bien debe ser clara- puede manifestarse tácitamente o resultar de las circunstancias.

Por otra parte, precisa recordarse que algunos autores denominan a la novación por cambio de acreedor como delegación perfecta o novativa, pues identifican la figura de la delegación con la novación subjetiva [10].

(9) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Página 61.
(10) La ley civil peruana no se ocupa de la delegación en la forma anotada. Esta figura se utiliza principalmente en el ámbito mercantil.
Mediante la teoría de la delegación se ha intentado explicar algunas operaciones del Derecho Mercantil, tales como el endoso de los títulos a la orden, la trasmisión de los títulos nominativos, entre otras.
La delegación -señala Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 236 y 237.)- no constituye más que la orden que una persona da a otra para que ésta realice una prestación o haga una promesa a tercero, de modo que la prestación o la promesa se entiendan hechas por la primera persona.
La delegación puede ser pasiva, si el deudor encarga a un tercero que pague o prometa pagar al propio acreedor y éste libera al primer deudor; y activa, si el acreedor encarga a quien es su deudor que pague o prometa pagar a un tercero y lo libera con respecto a él, que es el primer acreedor.

Gaudemete [11] afirma que la novación por cambio de acreedor funciona como consecuencia de un acto jurídico llamado delegación. El acreedor delega a su deudor, en favor de quien debe convertirse en su acreedor, substituyéndosele. El deudor se obliga respecto de este nuevo acreedor, y el acreedor primitivo le libera respecto de él mismo.

Según anota Lozano Berruezo [12], la identificación de la delegación y la novación se produce por haber regulado el Digesto ambas instituciones en un mismo Título (Título 46.2 "**De Novationibus et delegationibus**"). A partir de entonces, por un lado, los glosadores afirman el principio "**in delegatione semper in est novatio**", y de otro, sus sucesores erróneamente reconocen a la delegación como una de las formas o especies de la novación.

Salpius, citado por Lozano Berruezo [13], considera que el aforismo "**in delegatione semper in est novatio**" no tuvo en el pensamiento de los jurisconsultos ni en el de sus sucesores, la intención que se le ha dado. Sólo ha querido decirse que la delegación produce efectos liberatorios en la relación entre el delegante y el delegado. Se han confundido los términos "liberación" y "novación".

G. Marty (MARTY G. Op cit., Volumen II, Páginas 210 y 211.) define a la delegación como una operación por la cual, a invitación de una persona llamada delegante, otra, llamada delegado, se obliga en favor de una tercera a la que se llama delegatario.
A primera vista -precisa Marty- la delegación se asemeja a la estipulación por tercero. Aparentemente, el delegante desempeña el mismo papel que el estipulante, el delegado se identifica con el promitente y el delegatario se confunde con el tercero beneficiario. Sin embargo, esa semejanza sólo es aparente. En la estipulación por tercero, el derecho nace en provecho del tercero beneficiario aun antes de su aceptación; en cambio, en la delegación, el derecho del delegatario en contra del delegado únicamente nace cuando se ha celebrado entre ellos un convenio, por el cual el delegado acepta obligarse, y el delegatario lo acepta como deudor.

(11) GAUDEMETE, Eugène. Op. cit., Página 480.
(12) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 33.
(13) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 35.

En este sentido, Acursio -también citado por Lozano Berruezo [14]- expresa que en la afirmación "la delegación produce novación", el término novación se usa como sinónimo de liberación. No se quiere, por tanto, hablar de identidad entre novación y delegación, sino demostrar el carácter liberatorio de sus efectos.

Adicionalmente, resulta de interés referirnos a los antecedentes de la modalidad novatoria bajo comentario.

La novación subjetiva por cambio de acreedor fue la primera forma novatoria que concibió el Derecho Romano. Sin embargo, el interés que despierta el estudio de sus antecedentes versa en su función. La novación por cambio de acreedor fue el primer procedimiento utilizado por los romanos para lograr la trasmisión de las obligaciones [15].

Recuérdese que el carácter personalísimo que los romanos dieron a la relación obligatoria determinó su intransmisibilidad.

Refiere Petit [16] que ante la pregunta de si un acreedor puede transferir su crédito a un tercero que se hace acreedor en su lugar, los romanos respondieron negativamente. Un crédito no puede ser transferido como la propiedad de las cosas

---

(14) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Páginas 35 y 36.
(15) En el Derecho Romano de la época clásica la novación subjetiva surgió unida a la idea de la trasmisión de las obligaciones y no a la de su extinción.
La novación por cambio de acreedor cumplió una función distinta en el Derecho clásico de la que desarrolló en el Derecho justinianeo. En aquél, esta forma novatoria fue un medio de trasmisión de las obligaciones, mientras que en este último fue un modo de extinción de las mismas.
En este sentido, Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Páginas 329 y 330.) señala que la novación fue -inicialmente- la manera de que se valió el Derecho Romano para realizar la trasmisión de los créditos y las deudas.
(16) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 484.

corporales. La obligación es un lazo especial entre dos personas, una relación entre un acreedor y un deudor determinados. Si se quiere hacer pasar el crédito a un tercero, se cambia uno de los términos de la relación, y ésta ya no es la misma: hay otro lazo entre el antiguo deudor y el nuevo acreedor, pero ya no es la misma obligación.

Cazeaux y Trigo Represas [17] anotan que el Derecho Romano de las primeras épocas tenía una concepción subjetiva y estática de la obligación. Se la consideraba como un vínculo de persona a persona, con el resultado de la intransmisibilidad de la obligación. Esta debía ser exigida y cumplida por los sujetos que en calidad de acreedor y deudor, respectivamente, habían intervenido en los actos de los cuales había surgido la obligación.

Sin embargo -precisan los autores citados-, las necesidades del mundo de los negocios fueron demostrando que un crédito es un elemento del patrimonio, es un bien como cualquier otro, y -como tal- susceptible de negociaciones que permitan a su titular proveerse de recursos económicos. Ante ello, los romanos idearon dos vías que permitieron soslayar el obstáculo de la intransmisibilidad de la obligación, a saber: la novación subjetiva por cambio de acreedor y la **procuratio in rem suam**.

De igual manera, Gaudemete [18] indica que el Derecho Romano partió del principio que negaba la trasmisión de las obligaciones. Pero, con el desarrollo del comercio, comprendió que el titular de un crédito puede -antes del vencimiento- tener necesidad de usar ese valor, por lo que conviene permitirle que lo negocie. Así fue como se recurrió en Roma a procedimientos prácticos para conseguir indirectamente lo que el principio no permitía lograr de manera directa. El primer procedimiento fue el de la novación por cambio de acreedor.

(17) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 4 y 5.
(18) GAUDEMETE, Eugène. Op. cit., Página 478.

Según Petit [19], esta modalidad novatoria fue el medio más antiguo y el único en uso bajo las acciones de la ley para lograr la cesión de los créditos.

La novación por cambio de acreedor, afirma Petit [20], permitió hacer pasar de una persona a otra el beneficio de la obligación. El nuevo acreedor estipula del deudor lo que es debido al antiguo. Esta estipulación extingue el derecho del primer acreedor y hace nacer en provecho del estipulante una obligación nueva.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas [21] que en el Derecho Romano la novación por cambio de acreedor cumplió una muy estimable función, al punto de convertirse en el primer procedimiento utilizado para lograr la trasmisión de los créditos. No obstante, al admitirse que las partes podían modificar y especialmente trasmitir activa y pasivamente el vínculo obligatorio, la **ratio** de este instituto se fue degradando y comenzó su notoria declinación; incluso algunos han llegado a sostener que es una figura que por sí no tiene razón para subsistir y por eso va desapareciendo de los cuerpos legales modernos.

En efecto, no son pocos los autores que desconocen utilidad práctica a la novación por cambio de acreedor, por considerar que existen en la actualidad otras instituciones que cumplen su antigua función, pero con mayor eficiencia [22].

(19) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 485.
(20) PETIT, Eugène. Op. cit., Página 496.
(21) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Op. cit., Tomo II, Página 247.
(22) En este sentido, expresa Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 26.) que, admitida ampliamente por el Derecho de nuestro tiempo la transmisibilidad de la obligación, tanto en su aspecto activo como pasivo, ha desaparecido el motivo que tuvo an-

Luis María Rezzónico [23] anota que muchos juristas propugnan la desaparición de la novación por cambio de acreedor como institución autónoma, ya que ella ha perdido mucho de la considerable importancia e interés práctico que tenía en el Derecho Romano, y hoy son otras instituciones de uso universal las que cumplen la función traslativa de las obligaciones.

En opinión nuestra, la disminución de la importancia práctica de una institución respecto de otras, no justifica su abolición. Menos aun cuando aquélla presenta caracteres que le son propios e insustituibles por la sola autonomía de la voluntad.

---

tiguamente la novación. Ahora, cuando las partes desean introducir algún cambio de acreedor o deudor en la relación obligatoria, pueden recurrir a la respectiva cesión, sin que ello imponga la necesidad de considerar que la obligación originaria ha sido extinguida.
Betti (BETTI, Emilio. Op. cit., Tomo II, Páginas 316 y siguientes.) considera que la función de transferir el deber haber del acreedor ha desaparecido completamente en el Derecho actual al irse afirmando una serie de figuras que resuelven con instrumentos más ágiles y prácticos el problema de la circulación del crédito. Entre tales instituciones destacan la cesión de créditos, la cesión de posición contractual, el pago con subrogación y la delegación.
Arturo Valencia Zea (VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 449.) sostiene que en el Derecho moderno el fenómeno de la novación ha perdido gran parte de su antigua utilidad. En la actualidad, el cambio de los sujetos de la relación obligatoria puede efectuarse en forma más rápida y eficaz a través de instituciones diversas a la novación por cambio de acreedor.
De igual manera, Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Volumen I, Tomo IV, Página 388.) señala que la novación por cambio de acreedor queda actualmente reducida poco menos que al campo doctrinario, desde que se generalizó la cesión de créditos, procedimiento más ágil y más práctico, entre cuyos antecedentes la novación actuó como precursora.
Refieren los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 460.), por su parte, que la creación de la cesión de créditos ha provocado la declinación de la novación.
El Código Alemán -por ejemplo- no la menciona; admite la trasmisión directa no sólo de los créditos, mediante la cesión de créditos, sino de las deudas, a través de la cesión de deudas.

(23) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 948 y 949.

La novación por cambio de acreedor es un medio extintivo y creador de obligaciones, y esta dualidad es la nota característica que prueba su vigencia.

Según Rezzónico [24], la pérdida de importancia de este instituto no es un argumento suficiente que determine su desaparición y por ello la generalidad de las legislaciones, aun las más recientes, mantienen su regulación.

Justificando la autonomía de la novación respecto de la cesión de derechos, Manuel Augusto Olaechea [25] afirma que desde el punto de vista activo, la cesión de derechos ha logrado imponerse en todos los Códigos. Desde el punto de vista pasivo, la cesión de deudas ha ganado algún terreno, hasta figurar como institución específica en los Códigos de Alemania y Suiza. Ante ello, se pregunta si tiene algún interés práctico la trasmisión del crédito o la deuda sin que opere novación.

El interés de la institución -precisa Olaechea- dependería de que subsistieran vigentes los derechos accesorios que garantizan la deuda; pero ni el mismo Código Alemán lo ha establecido así, vinculando al consentimiento la subsistencia de los derechos accesorios de garantía. Y concluye señalando que "aunque la novación ha perdido mucho de su antigua importancia es evidente que tiene caracteres que le son peculiares."

Cazeaux y Trigo Represas [26], en fin, sin desconocer el relativo decaimiento de la novación por cambio de acreedor, no justifican la necesidad de hacerla desaparecer, por cuanto siempre existen matices de valor especial. Quizá, sea ésta la

---

(24) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Página 949.
(25) OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852, Op. cit., Fascículo VI, Páginas 91 a 93.
(26) CAZEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Felix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 247 y 248.

razón por la que la tendencia promovida en el Derecho comparado por el Código Civil Alemán, que no legisla la novación como institución jurídica especial, no ha sido seguida por los Códigos posteriores.

– *Novación subjetiva por cambio de deudor.*

Enseña Llambías [27] que la novación subjetiva tiene lugar por cambio de acreedor, o por cambio de deudor; y que esta última, a su vez, se produce por delegación, a iniciativa del deudor, y por expromisión, a iniciativa del acreedor, que conviene con un tercero la asunción de la deuda por este último.

El análisis de la novación subjetiva por cambio de deudor lo efectuamos en nuestros comentarios a los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.

– ***Concordancias nacionales.***

Concepto de novación, artículo 1277 del Código Civil.

(27) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 52 y 53.

– **NOVACION SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE DELEGACION.**

Artículo 1281.- "*La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor.*"

– ***Fuentes nacionales del artículo 1281.***

En la legislación colonial, la Ley de las *Siete Partidas,* Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que **"Si el debdor que deuiesse alguna cosa a otro, renouasse el pleyto otra vez, dando otro debdor, o manero, en su logar, a aquel a quien deuiesse la debda, a plazer del; diziendo abiertamente el debdor, que lo fazia con voluntad que el primero fuesse desatado, e este debdor, o manero, que metieron en su lugar de nueuo, que fincasse obligado por la debda, e el otro quito."**

Este artículo, sin embargo, 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*, abordaba el tema en sus artículos 869: "La obligación, por la que un deudor da al acreedor otro deudor,

no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente que deja libre al deudor que ha hecho la delegación."; 870: "El acreedor, que deja libre al deudor que ha hecho la delegación, no tiene recurso alguno contra él, si el delegado se hace insolvente, a no ser que la escritura contenga una reserva expresa, o que el delegado a tiempo de la delegación hubiese quebrado o hecho bancarrota."; y 871: "La simple indicación hecha por el deudor de la persona que debe pagar en su lugar, no produce novación; lo mismo sucede con la que el acreedor hace de la persona que debe reemplazarlo."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en sus artículos 2268: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; y 2271: "Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890*, trataba la materia en sus artículos 3002: "Si en la novación se sustituye al deudor por otro nuevo, quedan extinguidas las hipotecas y demás seguridades de la obligación anterior. (...)."; 3003: "En la novación, en que se pone nuevo deudor, todos los antiguos coobligados, como deudores solidarios, fiadores, o codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que también se obliguen en el nuevo contrato."; 3007: "Si el deudor propone al acreedor que acepte a un tercero que se compromete a cumplir la obligación de aquél, la aceptación del acreedor no produce novación, si éste no declara expresamente su voluntad de dejar libre al deudor primitivo. A falta de tal declaración se reputa al tercero, como comisionado del deudor para cumplir la obligación, o como su fiador solidario, o simple, según los términos del contrato."; 3011: "El delegado de alguno, de quien aquel creía ser deudor no siéndolo, que promete al acreedor del delegante pagarle para libertarse de la falsa deuda, está obligado a cumplir su promesa; pero tiene derecho para exigir del delegante que pague por él, o le reembolse lo pagado."; y 3012: "El delegado de alguno que se creía deudor no siéndolo, no tiene obligación en favor del acreedor; y si paga creyendo sea verdadera la deuda, queda respecto del delegante en la condición que tendría en el caso de que la deuda hubiera sido cierta; pero el delegante conserva expedito su derecho de exigir del acreedor la restitución de lo indebidamente pagado."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, establecía lo siguiente en los artículos 252: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; y 255: "Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en los artículos 240: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad a no ser que se obliguen en la nueva convención."; y 243: "Si un nuevo deudor se sustituye quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior."

Posteriormente, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trató el tema en sus artículos 1276: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se trasmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; y 1278: "Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior."; mientras que el *Código Civil de 1936* lo hacía en los artículos 1287: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se trasmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; y 1289: "Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior."

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no registra antecedentes al respecto.

Por su parte, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, regía la materia en su artículo 136: "La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el numeral 1299: "La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, la legislaba en el artículo 1248: "La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Concuerdan con el artículo 1281 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1275), Hondureño de 1906 (artículo 1482, inciso 2), Italiano de 1942 (artículo 1268), Costarricense de 1888 (artículo 814, inciso 2), Uruguayo (artículo 1531), Ecuatoriano (artículo 1678), Venezolano de 1942 (artículo 1317), Venezolano de 1880 (artículo 1218), Chileno (artículo 1635), Boliviano de 1976 (artículo 395), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 926, primer párrafo), Español (artículo 1205), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 358, inciso II), Paraguayo de 1987 (artículo 607), Egipcio (artículo 251, inciso 3), Código Civil de la Provincia de Québec (artículos 1169 y 1173) y Argentino (artículo 814: la delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo).

El Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 867) prescribía que la delegación por la que un deudor da al acreedor otro deudor no produce novación si es que el acreedor no ha declarado

expresamente que deja libre al deudor que ha hecho la delegación.

Por otra parte, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 1526, segundo parágrafo), Chileno (artículo 1631, segundo parágrafo) y Ecuatoriano (artículo 1674, segundo parágrafo) establecen que, cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

– ***Análisis***.

– ***La novación subjetiva por cambio de deudor***.

Una de las modalidades en que opera la novación subjetiva es cuando el deudor de la obligación primigenia es sustituido por otro, en cuyo caso se denomina novación por cambio de deudor.

A decir de Jorge Eugenio Castañeda [1], la novación por cambio de deudor supone la sustitución de un nuevo deudor al antiguo, por lo que este último queda libre. Ello ocurre cuando "X" debe 500 a "Z" y convienen que sea "L" quien le deba dichos 500 a "Z". Precisa Castañeda que en esta forma novatoria no varían ni el objeto, ni la persona del acreedor. Cambia tan sólo el deudor.

Para G. Marty [2], mediante la novación por cambio de deudor, llamada también novación subjetiva pasiva, un nuevo deudor ocupa el lugar del antiguo, cuya deuda se extingue.

Martínez Alfaro [3] anota que si la obligación primitiva y la sustituta difieren en el elemento subjetivo por haberse producido un cambio de sujetos, acreedor o deudor, con la intención expresa de novar, habrá entonces una novación subjetiva o pasiva.

---

(1) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 219.
(2) MARTY, G. Op. cit., Volumen II, Página 206.
(3) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 338.

En opinión nuestra, hay novación subjetiva por cambio de deudor, en general, cuando la obligación primitiva se sustituye por una relación obligatoria distinta, en la que aparece un nuevo deudor.

– ***Clases.***

La novación subjetiva por cambio de deudor puede acontecer bajo dos formas, a saber: por delegación y por expromisión.

Se efectuará por delegación, cuando el cambio de deudor exija la voluntad de novar de tres partes, esto es, del acreedor, del deudor primigenio y del nuevo deudor. En tanto que se producirá vía expromisión, cuando el contrato novatorio requiera únicamente el consentimiento del acreedor y del nuevo deudor.

– *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación.*

El artículo 1281 del Código Civil, bajo comentario, regula la novación subjetiva por cambio de deudor y, dentro de la nomenclatura propuesta, concretamente la novación por delegación.

El término delegación, según Barbero [4], hace referencia a uno de los temas más complejos e irritantes de la doctrina del Derecho. La delegación es el instituto mediante el cual un sujeto asigna a otro un tercer sujeto, a fin de ejecutar una prestación que originariamente es de incumbencia del primero.

Starck, Roland y Boyer [5] definen a la delegación como la operación mediante la cual el deudor originario da a su

(4) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 273.
(5) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 53.

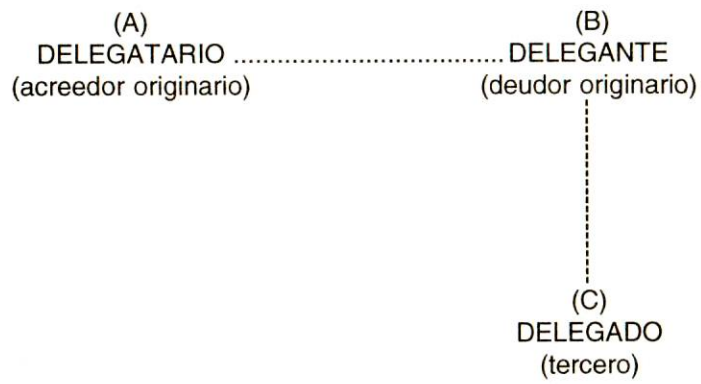
acreedor otro deudor; este último retoma la deuda a su cuenta y se vuelve el nuevo obligado.

Recuerdan los autores citados que Ulpiano (Digesto 46, 2, 11) definía a la delegación como el acto por el cual un deudor daba a su acreedor otro deudor que quedaba obligado a su vez.

Para Colin y Capitant [6] la delegación es una operación en virtud de la cual una persona ordena a otra que haga o se obligue a hacer una prestación a una tercera.

Salvat [7] afirma que existe delegación cuando una persona, presentada por otra, se obliga para con un tercero; la delegación pone en presencia a tres personas diferentes: el delegante (quien toma la iniciativa y pone en relación a las otras dos), el delegado (quien se constituye en deudor a pedido del delegante) y el delegatario (quien se constituye en acreedor).

La figura sería la siguiente:



(6) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Página 229.
(7) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 74.

(B), deudor originario o delegante, invita a (C), persona ajena a la relación obligacional o delegado, a tomar su lugar en beneficio de (A), delegatario o acreedor, quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio de deudor.

La generalidad de Códigos Civiles no regulan a la delegación propiamente dicha como una institución autónoma [8], pues ésta ha sido considerada como una forma de novación. La doctrina moderna, sin embargo, distingue ambas figuras.

Doménico Barbero [9] anota que durante toda la Edad Media se creyó que la delegación no era más que el medio técnico de realizar la novación. Sin embargo, agrega, hoy nadie discute que novación y delegación -propiamente dicha- son dos instituciones diversas; siendo mérito de Salpius el haberle reivindicado una completa autonomía como instituto jurídico y campo funcional independiente de la novación. La delegación -señala Barbero- agota su función en el hecho de dar al acreedor un nuevo deudor.

Salvat [10] refiere que, desde el punto de vista histórico, la delegación propiamente dicha era ya conocida en el Derecho Romano, pero ella, según la opinión de algunos autores, se consideraba como una especie de novación, por la cual el antiguo deudor, para librarse de su acreedor, le daba una tercera persona que se obligaba hacia él. Esta doctrina ha sido completamente abandonada. Desde los trabajos del jurisconsulto alemán Salpius, la delegación propiamente dicha

(8) Adviértase que la palabra delegación que venimos utilizando hace referencia a la figura mediante la cual un tercero se obliga en favor del acreedor originario al cumplimiento de una prestación de cargo del deudor primigenio, a fin de liberar a éste último.
Así las cosas, cuando decimos "delegación" hacemos referencia a la delegación pasiva y no necesariamente a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación.
(9) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 275 y siguientes.
(10) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 75.

es universalmente considerada como una institución jurídicamente propia e independiente de la novación[11].

La delegación, en efecto, tiene naturaleza, finalidad y contenido diversos a la novación. La delegación es una institución más amplia y compleja, ya que ésta puede producirse sin que opere novación.

Nos explicamos.

Unicamente en ciertos casos la delegación produce consecuencias novatorias. Ello ocurre cuando existe una obligación pendiente de pago entre el delegante (deudor originario) y el delegatario (acreedor), y siempre que éste último asienta en liberar al deudor originario o delegante.

Al respecto, Baudry-Lacantinerie [12] expresa que la delegación no causa necesariamente novación y las dos operaciones no se confunden. La delegación da pie a la novación sólo por medio de la reunión de dos condiciones. La primera, que debe existir anteriormente una deuda, bien del delegante con el delegatario, bien del delegado con el delegante, pues la novación supone necesariamente una deuda preexistente por extinguirse. El segundo requisito es que debe haber en las partes (delegado, delegatario y delegante) la intención de novar.

(11) Weill y Terré (WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 1006 y siguientes.) señalan que debe efectuarse una distinción entre la novación y la delegación.
La novación es la operación legal por la que la nueva obligación sustituye a la obligación original debido a un cambio producido en uno de los elementos constitutivos de ésta. Mediante la novación, la obligación primigenia queda totalmente extinta por la nueva obligación que toma su lugar y que en adelante regula las relaciones entre las partes.
La delegación, en cambio, es la operación por la que una persona (el delegado), sobre la orden de otra (el delegante), acepta contraer una obligación con un tercero (el delegatario).
(12) BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel De. Op. cit., Tomo II, Páginas 178 y siguientes.

A decir de Salvat [13], la delegación puede producir una novación por cambio de deudor siempre que concurran las dos condiciones siguientes: 1° que el delegante sea deudor del delegatario; 2° que este último al aceptar la delegación, lo exonere expresamente de su primitiva obligación, es decir, que al efectuar la delegación lo haya hecho con la voluntad de extinguir esa obligación y sustituirla por la nueva que contrae el delegado. Si falta alguna de estas dos condiciones, la delegación subsistirá, pero la novación no se producirá, de manera que esta última puede ser una consecuencia de aquélla, perfectamente posible si las partes la quieren, pero no es una consecuencia necesaria.

Según Llambías [14], la delegación responde al convenio celebrado por el deudor con un tercero en virtud del cual éste asume la obligación de aquél. Sin embargo, este convenio sólo causa novación cuando el acreedor libera al deudor primitivo.

Colin y Capitant [15] afirman que el efecto novatorio de la delegación sólo se produce cuando el acreedor (delegatario) a quien el delegante ofrece un nuevo deudor, ha declarado expresamente que libera a su primer deudor [16].

---

(13) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 75.
(14) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Páginas 54 y 55.
(15) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 230 y siguientes.
(16) En cuanto al modo en que el acreedor debe prestar su asentimiento, la doctrina consultada es mayoritaria en señalar que debe ser expreso.
Según Baudry-Lacantinerie (BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel De. Op. cit., Tomo II, Páginas 179 y siguientes.), contrariamente al derecho común, la ley francesa exige en este caso una declaración expresa del acreedor que llega a liberar al deudor; y rememora que de acuerdo con Aubry y Rau, "el legislador quiso así cortar con todas las dudas que habría originado la interrogante de saber si al aceptar la delegación, el acreedor no descargó virtual y necesariamente al delegante."
En el mismo sentido, Colin y Capitant (COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 231 y siguientes.) manifiestan que en materia de delegación la ley civil francesa se muestra aún más exigente que en la novación ordinaria, pues no basta que la intención del acreedor de liberar a su deudor se deduzca de las circunstancias, sino que es necesaria una declaración expresa por su parte, como lo prueba la diferencia de redacción de los artículos 1273 y 1275; y cuando, por el contrario, el acreedor no ha manifestado su voluntad de liberar al deudor, se dice que hay simplemente delegación imperfecta. Agregan que en esta operación, que Pothier designaba más especialmente con la palabra libramiento, el deudor delegante continúa obligado respecto del delegatario, su acreedor, el cual, en adelante, tendrá dos deudores en lugar de uno. No obstante estos pareceres, en nuestro ordenamiento jurídico no sería necesaria una liberación expresa concedida por el delegatario al delegante, toda vez que la ley civil peruana no exige que el asentimiento del acreedor sea expreso. En tal sentido, bastaría que la voluntad de los intervinientes en el acto novatorio fuese indubitable.
(17) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 56.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la novación por delegación requiere no sólo el **animus novandi** del deudor de la obligación primitiva y del deudor de la nueva obligación, sino también la voluntad de novar del acreedor.

La novación subjetiva por cambio de deudor determina la creación de una nueva relación obligacional a cargo de un deudor distinto. De allí que no se pueda prescindir del asentimiento del acreedor. En este sentido, el artículo 1281 del Código Civil prescribe que "la novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor."

Por otra parte, precisa anotarse que si el acreedor no libera al deudor originario al prestar su asentimiento, la delegación convenida no producirá consecuencias novatorias, sino sólo acumulará una nueva relación obligatoria a la primigenia, en cuyo caso la delegación se denomina imperfecta.

Refiere Llambías [17] que la delegación es perfecta o imperfecta según que el acreedor libere o no al deudor primitivo. Para que la delegación sea perfecta y extinga la deuda del delegante es indispensable que el acreedor declare su vo-

luntad de exonerar al deudor primitivo. Si faltase esa manifestación del acreedor, no habrá novación.

Agrega que la delegación imperfecta es el convenio celebrado entre el deudor y un tercero, relativo al desplazamiento de una deuda, sin la conformidad expresa del acreedor a ese respecto; y anota que esa delegación imperfecta no causa la novación de la deuda primitiva, que subsiste sin extinguirse frente al acreedor. Añade que es característica de la delegación imperfecta el desdoblamiento que ella produce en la relación obligacional, según se analice la situación del acreedor o del deudor.

Según Jorge Eugenio Castañeda [18], la delegación es imperfecta si el acreedor no asiente en liberar a su primitivo deudor. Así, si un nuevo deudor subentra en lugar del primitivo deudor y el acreedor lo acepta, pero se niega a liberar al deudor originario, el acreedor tendría dos deudores en lugar de uno. La delegación imperfecta crea una segunda obligación sin extinguir la primera.

Castañeda aclara que la delegación imperfecta es la más frecuente. Como no importa novación el acreedor no se negará a ella. Más bien le es favorable desde que tiene un nuevo deudor sin perder al primero y cuenta con una garantía personal análoga a la solidaridad, en que cada deudor puede ser demandado por el íntegro. La delegación simple o imperfecta -precisa el citado profesor- es la que no produce novación.

Colmo [19] afirma que si el delegatario o acreedor no declara expresamente que el delegante o primitivo deudor queda desobligado, la delegación es imperfecta, y no hay novación, pues el primitivo deudor sigue siéndolo juntamente con el

(18) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 239 y siguientes.
(19) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 534.

nuevo. La delegación será perfecta (dentro del tecnicismo corriente, aun cuando para los intereses del acreedor la delegación será tanto más perfecta cuanto más numerosos sean los deudores que le procure) sólo cuando dicha declaración exista; entonces hay novación y cambio de deudor.

Ahora bien, cuando el acreedor acepta que un tercero asuma la condición de deudor, pero sin liberar al deudor primitivo, podría pensarse que se ha producido novación por adpromisión y no delegación imperfecta. Ello quizá obedezca a que son mayores las semejanzas que las diferencias existentes entre ambas figuras.

Como se verá en nuestro análisis del artículo 1282 del Código Civil, la novación subjetiva por adpromisión, al igual que la delegación imperfecta, no extingue la deuda primitiva, sino que acumula a ésta una nueva obligación a cargo de un tercero. Sin embargo, una y otra son figuras diversas.

Más allá de los efectos novatorios que produce o no la delegación, ésta no se concibe sin el asentimiento del deudor primigenio o delegante.

Al respecto, Starck, Roland y Boyer [20] señalan que en toda delegación, las tres personas interesadas participan en la operación. El acuerdo del delegante es indispensable, porque es él quien inicia la operación invitando al delegado a obligarse frente al delegatario; poco importa que haya novación o no; no se concibe delegación sin delegante. El asentimiento del delegado es igualmente necesario porque él se obliga ante el acreedor. En cuanto al delegatario, la necesidad de su concurso es también evidente: en la delegación perfecta, sólo él puede liberar al antiguo deudor; en la delegación imperfecta, hay una nueva obligación contraída por el delegado, que no existe sino con el asentimiento de aquél a quien debe beneficiar.

(20) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 56.

En la novación por adpromisión, en cambio, puede prescindirse de la voluntad del deudor originario. El acuerdo novatorio se formaría, en este caso, por las voluntades del acreedor y del tercero que quiere asumir la condición de deudor.

Por otro lado, la adpromisión sí constituye novación, en tanto que no ocurre lo mismo con la delegación imperfecta. Adviértase que si nos encontrábamos ante una relación obligatoria de sujeto simple antes de producirse la adpromisión, luego de ésta nos hallaremos ante una obligación de sujeto plural, porque el número de sujetos obligados en calidad de deudores, como será analizado oportunamente, ha variado -en el caso propuesto ha aumentado-.

Adicionalmente, cabe preguntarse sobre la naturaleza del acuerdo celebrado entre el deudor originario y el tercero que quiso ocupar su lugar, cuando el acreedor rechaza que un tercero asuma la condición de deudor o, simplemente, cuando dicho acuerdo prescinde del asentimiento del acreedor.

Señalamos al respecto que la sola indicación del deudor originario de que otro pagará por él no produce consecuencias novatorias, pues en ella no concurre el asentimiento del acreedor. En este caso hay únicamente una indicación de pago, llamada por la doctrina asignación.

A decir de Castañeda [21], no existe novación si el deudor sólo indica quién deberá hacer el pago en su lugar. Esto no es otra cosa que la asignación.

Señalan Cazeaux y Trigo Represas [22] que la asignación es una mera indicación de pago, consistente en el hecho de que el deudor señale a su propio acreedor, otra persona a

(21) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 240.
(22) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 264 y siguientes.

quien podrá requerir el importe de la deuda (asignación pasiva); o que el acreedor indique a su propio deudor, un tercero a quien podrá efectuar válidamente el pago (asignación activa); pero añaden que estas facultades de exigir a un tercero o de pagar a un tercero no producen novación.

Ruggiero, citado por Castañeda [23], define a la asignación como el acto unilateral por el cual el deudor faculta a su acreedor para percibir de un tercero una suma como pago de lo que es debido, o también cuando el acreedor autoriza al propio deudor para que pague a un tercero lo que por dicho deudor era debido; agrega que la asignación no produce novación.

Sobre las distinciones entre la delegación novatoria o perfecta y la asignación, convenimos con Salvat[24] en considerar que entre ambas instituciones existen diferencias. En la delegación, el delegado queda personalmente obligado; en la asignación (simple indicación de una persona para que verifique el pago), el tercero no asume obligación alguna. Asimismo, en la delegación, contraída por el delegado, la obligación aceptada por el delegatario no podría dejarse sin su consentimiento. En cambio, en el caso de la asignación, por tratarse de un simple mandato, el delegante tendría siempre el derecho de revocarlo, sin necesidad del asentimiento del acreedor.

Starck, Roland y Boyer [25] anotan que la indicación de pago se aproxima a la delegación porque, como ella, conduce al pago. Sin embargo, se separa en que el mandatario, en oposición al delegado, no contrae obligación alguna frente al tercero.

(23) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 250.
(24) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 75 y siguientes.
(25) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 56 y 57.

Por otra parte, suele pensarse que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación se produce sólo a iniciativa del deudor, a diferencia de la novación subjetiva en la modalidad de expromisión, en que la iniciativa parte del acreedor o del tercero [26].

Ello, sin embargo, no necesariamente es así.

En opinión nuestra, la novación por cambio de deudor en la modalidad de delegación podría efectuarse por iniciativa del deudor, del acreedor o incluso del tercero, ya que el tenor del artículo 1281 bajo análisis, únicamente se limita a exigir, para que opere la delegación, el asentimiento del acreedor, entendiéndose que deben estar presentes, además, las voluntades favorables del deudor originario y del tercero que se pretende constituir en nuevo deudor.

Consideramos que el elemento esencial que permite diferenciar a una modalidad novatoria de la otra, se encuentra en las declaraciones de voluntad necesarias para la formación del **animus novandi**, y no en el hecho de que sea el deudor, el acreedor o el tercero quien toma la iniciativa de sustituir al deudor primigenio por otro.

La novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación requiere del consentimiento del delegante (deudor originario), del delegado (tercero) y del delegatario (acreedor); en tanto que la novación por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no requiere el asentimiento del deudor originario, sino sólo la voluntad de novar del

(26) Según Jorge Eugenio Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 222.), en la novación por cambio de deudor se producirá la delegación si es el deudor quien invita al nuevo deudor a obligarse en su lugar. Y habrá expromisión si el nuevo deudor se obliga sin que el antiguo se lo pida; lo hace el nuevo espontáneamente porque quiere; y ello no es nuevo y puede ocurrir, a semejanza de que el pago puede hacerlo cualquiera. Puede esto explicarse si el nuevo deudor le debe al deudor originario y, por lo mismo, se obliga sin requerir el asentimiento de éste.

acreedor y del tercero. Por ello, el artículo 1282 del Código Civil prescribe que la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

Adviértase que el asentimiento del deudor originario es la nota característica que permite diferenciar ambas modalidades novatorias. Así, cuando dicho deudor presta su asentimiento, se tratará necesariamente de un caso de novación por delegación y no por expromisión.

Borja Soriano [27] afirma que la novación por delegación implica el consentimiento del primer deudor, al mismo tiempo que del nuevo deudor y del acreedor. Por ejemplo, yo -vendedor de un inmueble- hago intervenir en el acto de venta a uno de mis acreedores; se conviene que el comprador del inmueble pagará una parte de su precio a mi acreedor, el cual me libera. La novación por expromisión, en cambio, puede realizarse sin el concurso del primer deudor. Hay que suponer que un tercero se obliga directamente con el acreedor a condición que éste libere al deudor.

En lo relativo a los efectos de la delegación novatoria o perfecta, denominada por la ley civil peruana como novación por delegación, debemos señalar que ésta importa la extinción de la relación obligatoria entre el delegante y el delegado [28].

A decir de Starck, Roland y Boyer [29], la delegación perfecta suprime la deuda del delegante y la reemplaza por la del delegado. En este caso, la delegación importa novación por cambio de deudor, en la que el delegante ha convenido; a diferencia de la novación subjetiva por expromisión, que se produce sin el asentimiento del deudor originario.

(27) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 618.
(28) Queremos insistir en que el efecto novatorio de la delegación exige el asentimiento del acreedor en liberar al deudor originario o delegante, y aceptar que el tercero o delegado lo sustituya.
(29) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 61.

Ahora bien, en caso que el delegado o tercero fuese -a su vez- deudor del delegante, la delegación puede originar un efecto adicional: la liberación del delegado.

Según los autores citados [30], cuando existe un crédito entre delegante y delegado, dicho crédito desaparecerá por efecto de la delegación novatoria, así como el crédito del delegatario desaparece contra el delegante, ya que es evidente que si el delegado o tercero se ha obligado en favor del delegatario es a condición de liberarse de su propio acreedor. De lo contrario, se encontraría obligado al pago de dos deudas.

Para la extinción de este crédito, sin embargo, es necesario constatar la creación de un crédito entre delegatario y delegado y que el **animus novandi** entrañe la liberación del delegado.

Ante la pregunta de si el delegado que ha pagado la obligación tiene algún recurso contra el delegante, Salvat [31] considera que es necesario tener presente las variadas circunstancias en que puede mediar una delegación. Si el delegado era deudor del delegante, evidentemente no podrá reconocérsele recurso alguno contra éste, pues él ha pagado lo que debía, solamente que, en lugar de pagarlo al delegante, lo ha hecho al delegatario, por indicación de aquél. Si, por el contrario, el delegado no era deudor del delegante, el recurso del delegado sería procedente, a menos que pudiera llegar a establecerse que habría obrado **animus donandi**.

Según Salvat se configuraría un caso de pago por tercero, con acción derivada de la naturaleza de sus relaciones, o de su situación frente al deudor; y serían aplicables las reglas expuestas respecto del pago por terceros.

---

(30) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 63.

(31) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 77.

En cuanto a la posibilidad de existir una liberalidad -a decir de Salvat-, se trataría de una excepción, cuya prueba tendría que ser producida por quien la alegara; es el deudor el que necesitaría aportar la prueba de la existencia de una liberalidad para detener el reclamo del delegado.

Por lo demás, precisa señalarse que en la novación por delegación el acreedor o delegatario pierde toda acción contra el delegante respecto a la obligación primitiva, salvo lo previsto en el segundo parágrafo del artículo 1283 del Código Civil [32].

– *Novacion subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.*

El análisis de esta modalidad novatoria lo efectuamos en nuestros comentarios al artículo 1282 del Código Civil.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1281.***

En relación con la novación subjetiva en la modalidad de delegación, resultan pertinentes las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "La sustitución del deudor en forma simple, sin reserva alguna y mediante exoneración expresa de toda responsabilidad al deudor primitivo, con conocimiento del acreedor, hace responsable únicamente al nuevo deudor, por haberse producido la novación de la obligación por cambio del deudor." Revista de Ju-

---

(32) Esta norma prescribe que en la novación por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.
Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos con ocasión del análisis del artículo 1283 citado.

risprudencia Peruana, 1955, Página 2231. (Artículo 1287 del Código Civil de 1936).

II.- "La novación que sustituye al primitivo deudor, extingue también la responsabilidad de los avalistas." Anales Judiciales, 1965, Página 90. (Artículo 1287 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Concepto de novación, artículo 1277 del Código Civil / Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, artículo 1282 del Código Civil / Exigibilidad de la obligación contra el deudor primitivo y sus garantes, artículo 1283 del Código Civil.

– **NOVACION SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE EXPROMISION.**

Artículo 1282.- "*La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.*"

– ***Fuentes nacionales del artículo 1282.***

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

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, legislaba la materia en su artículo 873: "Cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido sino por pacto expreso."; mientras que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en los numerales 2265: "En las novaciones, ó se conservan las mismas personas acreedores y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber; ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior."; 2268: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; y

2269: "En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aún cuando el sustituto llegue á ser insolvente, si no es que la sustitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo deudor, ignorándolo el acreedor."

El *Proyecto de Código Civil de 1890*, por su parte, trataba el tema en el numeral 3004: "El acreedor que declare libre á su deudor primitivo, no conserva acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga después en insolvencia; salvo que en la novación se haya previsto y exceptuado este caso expresamente, ó que la insolvencia haya sido anterior y pública, ó cuando menos conocida del deudor primitivo."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 257: "La novación por cambio de deudor, puede efectuarse sin el consentimiento de éste."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, regía la materia en el artículo 245: "La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin el consentimiento de éste."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1280: "La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de éste."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1291: "La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de éste."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, prescribía en el artículo 148: "La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de éste."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 137: "La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1300: "La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del*

año 1984, en el artículo 1249: "La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1282 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1159), Francés (artículo 1274), Panameño (artículo 1091), Venezolano de 1942 (artículo 1316), Venezolano de 1880 (artículo 1217), Español (artículo 1205), Brasileño (artículo 1001), Paraguayo de 1987 (artículo 607), Egipcio (artículo 251, inciso 2), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 201) y Código de la Provincia de Québec (artículo 1172).

El Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1484) establece que "la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor."

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 360) denomina a la novación por expromisión, como de "sustitución".

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 815) prescribe que puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito.

– ***Análisis.***

La expromisión es la segunda modalidad de novación subjetiva por cambio de deudor.

Consideramos que la novación por expromisión constituye uno de los puntos de mayor interés teórico de la novación, dados los múltiples interrogantes que promueve.

En tal sentido, estudiaremos los diversos temas que ella suscita.

– ***Breve recuento histórico.***

Recuerdan Cazeaux y Trigo Represas [1], que en el Derecho Romano clásico se empleaba el vocablo "expromisión" con un sentido genérico; **expromittere** abarcaba tanto la promesa hecha por el delegado al delegatario, como la que no estaba precedida de ninguna orden o acuerdo entre el deudor originario y el tercero que se comprometía con el acreedor. Pero, agregan, en la actualidad ya no se confunden ambas situaciones y se reconoce a la expromisión un ámbito propio; es un medio de alteración subjetiva de la obligación, donde el tercero viene a asumir frente a un acreedor la deuda que otro tenía para con él, sin requerirse para nada el concurso de la voluntad del primitivo obligado. De ahí que mientras en la delegación pasiva novatoria se requieren tres voluntades, en la expromisión el acto es bilateral, pues se perfecciona con el acuerdo de sólo dos voluntades: la del tercero que toma a su cargo la deuda y la del acreedor que lo acepta.

– ***Concepto.***

Según Giorgi [2], es canon antiquísimo de doctrina que la sustitución de un deudor nuevo puede ocurrir de dos maneras: por subrogación (**espromissione** -en italiano-), cuando un tercero se presenta espontáneamente al acreedor para liberar al antiguo deudor, poniéndose en lugar del mismo; y por delegación, cuando el primer deudor (delegante) es sustituido por otro deudor (delegado) con respecto al acreedor (delegatario) que lo acepta, quedando liberado el delegante.

Expresa el autor citado que esta segunda figura es una de

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 267.
(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 447 y 448.

las diferentes especies de delegación; y es precisamente el reverso de la que se verifica **mutato creditore**. Entonces -dice- suponíamos que Juan, acreedor de Francisco y deudor de José, había ordenado a Francisco que pagase a José; y mirando el asunto desde el punto de vista de Francisco, veíamos en dicha figura jurídica una delegación por parte del acreedor. Ahora miramos el mismo hecho desde el punto de vista de Juan y vemos en él la delegación del deudor.

Para Raymundo M. Salvat [3] la novación por expromisión es la operación en virtud de la cual una persona, espontáneamente o por instigación de un tercero, sustituye al deudor de una obligación.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas [4], cuando, no en virtud de una orden recibida del deudor originario, sino espontáneamente o a instancias del acreedor o incluso de alguien ajeno a la relación obligacional primigenia, un tercero igualmente extraño se ofrece para sustituir al primer deudor y tomar a su cargo la obligación de éste, se da la figura denominada "expromisión"; resultando en tal sentido bien ilustrativa la etimología del vocablo "expromisión", que nos viene del Derecho Romano y deriva de la locución **expromittere**, que literalmente significa "colocar a alguno afuera, fuera de", o sea poner al deudor fuera de la obligación, librarlo de ésta.

Anota Llambías [5] que la novación por expromisión es un convenio celebrado por el acreedor con un tercero, en virtud del cual éste se compromete a satisfacer la deuda ajena a que dicho convenio se refiere.

Añade el profesor citado que lo característico de la expromisión es la prescindencia del deudor en el acto jurídico consentido por el acreedor y el tercero que asume la deuda aje-

(3) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 51.
(4) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 267.
(5) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 58 a 63.

na; y afirma que si el deudor hubiera intervenido en ese convenio, consintiéndolo **ab initio**, ya no sería expromisión sino delegación.

En relación con el tema, precisa Betti [6] que en el aspecto estructural, por consiguiente, la expromisión consiste en una asunción de deuda operada por un tercero frente al acreedor, sin un previo **iussum** (autorización) del deudor; y análogamente a cuanto se dispone en materia de asunción, el artículo 1272 del Código Civil Italiano establece que el nuevo deudor (expromitente) venga obligado solidariamente con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente liberar a este último. Agrega que el mismo criterio de la iniciativa y del interés en la figura que en la presente institución pertenece al tercero extraño a la relación obligacional preexistente, justifica el régimen particular de la oponibilidad de las excepciones por el nuevo deudor.

Por nuestra parte, consideramos que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión es aquella en virtud de la cual, tras un acuerdo novatorio entre el acreedor de la relación obligacional y un tercero ajeno a ella, este tercero se convierte en deudor de la nueva obligación (por lo general, con idéntico objeto que aquel que tenía la obligación extinguida); y que no es necesario consultar el parecer o la voluntad del deudor de la obligación que se extingue, pues ello no sólo sería irrelevante, sino podría configurar un caso de novación por delegación [7].

---

(6) BETTI, Emilio. Op. cit., Tomo II, Páginas 299 y siguientes.

(7) Sin embargo, resulta de interés mencionar la posibilidad de que, a la par que se produzca un supuesto de novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, también las partes acuerden una novación objetiva, en cualquiera de sus modalidades.
Señalamos, por eso, que no debe descartarse la posibilidad de que opere simultáneamente una novación objetiva y una novación subjetiva, ya sea por expromisión, por delegación o por cambio de acreedor.
Tales supuestos no reciben en doctrina una denominación especial, así como tampoco los autores consultados se ocupan de ellos. Esto es explicable, en la medida en que situaciones de esa naturaleza resultarían singulares, vale decir, poco frecuentes en la práctica. De ahí que ni la doctrina ni la legislación contemplen expresamente el tema.
Es difícil asignar una denominación a esta forma novatoria. Tal vez pueda llamarse "novación mixta" o "novación combinada". Ello, sin embargo, sería indiferente. Lo relevante es que resultarían aplicables al caso, de manera concurrente, las disposiciones sobre novación subjetiva y objetiva que contiene la ley peruana.

(8) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 449.

(9) Salvo en el caso -reconocido por el propio Giorgi- en que se pueda dudar un poco de ello, y creer que, existiendo la adición de un nuevo deudor, convendría mejor hablar de **adpromissio**.
Sobre el tema de la novación subjetiva por adpromisión, volveremos luego de concluir nuestro análisis de la novación subjetiva por expromisión.
Sin embargo, en este punto conviene subrayar las expresiones del profesor italiano, ya que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión requiere, por ser absolutamente ne-

A entender nuestro, en esta clase de novación el acreedor debe recibir el nombre de acreedor expromitente, el deudor de la obligación original, la denominación de deudor exprometido, y el tercero (deudor en la nueva obligación), la de tercero expromisario.

– ***Necesaria presencia del animus novandi.***

Recuerda Giorgi [8] que también resulta aplicable a la novación por expromisión la regla general respecto de la necesaria presencia del **animus novandi** o voluntad de novar.

El maestro italiano reitera que la novación no se presume y que debe resultar claramente de lo que han hecho las partes. Pero la ley no requiere que la voluntad se declare de modo explícito, y cuando los Tribunales reconocen que entre el hecho de las partes y la voluntad de mantener la obligación primitiva hay contradicción absoluta, la novación tácita es una consecuencia necesaria de dicho juicio. Y agrega que Demolombe enseña que si el primer deudor se constituyera fiador del que se subroga, esto bastaría para la novación, porque la obligación del fiador no se concilia con la del deudor principal [9].

– ***Casos usuales de novación por expromisión.***

Anota Giorgi [10] que tratándose de la **quaestio facti**, no puede causar maravilla encontrar aparentes contradicciones en la jurisprudencia. Estima que basta leer, a falta de decisiones italianas sobre el asunto, las que en diferente sentido ha recogido Laurent en la jurisprudencia extranjera. Estamos en materia de venta: una sociedad en comandita compra inmuebles por 700,000 liras. Intervienen dos socios en el contrato y se obligan personalmente a pagar al vendedor el precio y los intereses. Pero las palabras son una cosa y otra los hechos: los dos socios no pagan y el vendedor se vuelve contra la sociedad, la cual deduce como excepción a la novación ocurrida por efecto de la subrogación, pretendiendo así quedar liberada. La Corte de Apelación y la Corte de Casación de París rechazan la excepción de la sociedad y excluyen la novación, observando que en el documento faltaba cualquier indicio de haber querido liberar a la sociedad por efecto de la obligación asumida por los socios.

En otro caso -dice Giorgi-, se trataba también de una deuda social que algunos socios procuraban extinguir dejando al acreedor letras de cambio con su firma personal. Protestadas sin resultado las letras, el acreedor se volvió contra los otros socios que no las habían suscrito, y frente a la oposición de estos, nació también aquí la cuestión de la novación; y también esta vez se rechazó la novación por las mismas razones del caso anterior.

Pero Giorgi también recuerda una solución inversa de fecha posterior: disuelta otra sociedad y asumidas por uno de los socios

---

cesaria, la presencia del **animus novandi**, sin el cual no hay novación posible.
No vamos a incidir en el tema del **animus novandi**, ya que lo hemos tratado extensamente en nuestro análisis del artículo 1277 del Código Civil, cuando estudiamos los requisitos de la novación en general (esto, porque el **animus novandi** es exigencia de todo supuesto novatorio, salvo en los casos de novación legal, en los cuales dicho ánimo emana no de la voluntad humana, sino de la propia ley).

(10) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 449 y 450.

las obligaciones sociales, la Corte de Aix encuentra en la promesa del socio la subrogación del deudor, declara novada la obligación y liberada a la sociedad, y la Casación confirma la sentencia.

A decir de Giorgi, en materia de cuentas corrientes continuadas con una nueva sociedad, que toma el sitio de una sociedad anterior en liquidación, son notabilísimas las contradicciones de la jurisprudencia. Admite que en verdad la cuestión se complica por la novación objetiva, que también interviene en semejantes casos; pero, dejándola aparte por ahora, limitándose a la subrogación, ve a la Corte de París admitir la novación. Casada su decisión por el Supremo, la Corte de Rouan, obedeciendo a la contestación de la Casación de París, va en sentido contrario. Y todo esto mientras en Bélgica la Corte de Apelación y la Corte de Casación de Bruselas reconocen en casos análogos la novación.

En opinión nuestra, la jurisprudencia citada por Giorgi y tomada de Laurent (quien a su vez la recoge de la jurisprudencia del Código Napoléon) mantiene plena vigencia.

Reconociendo que los supuestos de novación subjetiva, en general, son menos frecuentes en nuestros días que aquellos de novación objetiva, subsisten determinados casos en los cuales probablemente se presentará la expromisión. Sin embargo, si entendemos que la participación del tercero será usualmente aleatoria y sin afán de lucro, ya podemos deducir que los supuestos novatorios de estas características serán poco numerosos.

– ***La iniciativa en la novación por expromisión.***

El tratadista italiano Emilio Betti [11] señala que existe expromisión cuando un sujeto extraño a la relación de obligación la suma en su aspecto pasivo por iniciativa propia, sin recibir para ello encargo o autorización del sujeto pasivo de dicha relación; y, a diferencia de la delegación, en que la iniciativa parte de uno de

---

(11) BETTI, Emilio. Op. cit., Tomo II, Páginas 299 y siguientes.

los sujetos de la relación preexistente, sea de valuta o de provisión, en la expromisión la iniciativa parte de un sujeto extraño a la relación preexistente. A entender de Betti, la diferencia indicada no es -como pudiera parecer- de poca importancia; todo lo contrario, nos proporciona el criterio para distinguir entre negocio delegatorio y expromisión, y justifica el diferente tratamiento jurídico que la ley confiere a los dos tipos de negocio.

Para Betti, el criterio de la iniciativa y del interés en la figura da razón de por qué al deudor originario no le afecta el riesgo de la operación, como sucede en la delegación, ya que, en efecto, el deudor originario no ha tomado la iniciativa en la operación; no asume ninguna responsabilidad por la eventual insolvencia (originaria) del nuevo deudor (expromitente); y no existe ninguna razón para hacer pasar un riesgo al deudor, aunque esté liberado, para el caso de una insolvencia originaria del expromitente, al que pertenecen tanto la iniciativa como el riesgo de la operación, prevaleciendo el criterio de la autoresponsabilidad del acreedor.

Pero no toda la doctrina comparte el parecer de Betti. Así, refieren Cazeaux y Trigo Represas [12] que la diferencia sustancial entre la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, procede de señalar de quién parte la iniciativa para el cambio del deudor. En la novación subjetiva por delegación, por lo general es el deudor originario quien desea salirse de la relación obligacional que mantiene con su acreedor, requiriendo para ello el consentimiento de dicho acreedor (sin embargo, como hemos visto en el análisis del artículo 1280 del Código Civil Peruano de 1984, dicha iniciativa puede partir del tercero o, incluso, del propio acreedor); en cambio, en la novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, la iniciativa para sustituir al deudor originario no parte de él mismo sino del propio acreedor, quien desea que otro deudor ocupe el lugar de aquél.

(12) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 267.

Para que opere la novación subjetiva por expromisión, no se requiere del asentimiento del deudor sustituido, sino solamente del deudor que lo sustituye, al que nosotros denominamos también "sustituyente".

A entender nuestro, el tema de la iniciativa en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no debe verse centrado en una sola parte, pues si bien la misma puede provenir del tercero expromisario, quien -por alguna circunstancia- desea asumir en la obligación a crearse, la condición de deudor del acreedor de la antigua obligación, eso no obsta para que dicha iniciativa parta o pueda partir también del propio acreedor, quien, deseando variar de deudor, decida intentar buscar a un tercero que acepte asumir esa condición en la nueva relación obligatoria.

– ***De los derechos y obligaciones del antiguo deudor (exprometido) y del nuevo deudor (expromisario).***

La generalidad de la doctrina coincide en afirmar que, para la validez y eficacia de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, no se requiere del concurso de la voluntad del deudor exprometido, vale decir, que basta con el consentimiento del acreedor expromitente y del tercero expromisario.

Recuerda Lafaille [13] que en la novación por expromisión no debe concurrir el deudor primitivo, pues, si concurriese con su asentimiento (aunque fuera tácito), nos hallaríamos dentro de la novación por delegación.

Como anota Guillermo A. Borda [14], en la novación por expromisión no interviene el deudor primitivo. Interpretando el nuevo texto del artículo 815 del Código Civil Argentino, el citado

(13) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 390 y 391.
(14) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 637.

profesor expresa que el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor se debe realizar en ignorancia del deudor anterior; y que por ignorancia del deudor anterior debe entenderse su prescindencia en el acto, de tal modo que no es indispensable que lo ignore sino que se mantenga indiferente a su realización, no dando su asentimiento ni oponiéndose.

Por otra parte, también es claro en doctrina que la novación subjetiva por expromisión tiene efectos liberatorios en relación al deudor exprometido, respecto al vínculo obligacional que se extingue.

Según Giorgi [15], asegurada la existencia del **animus novandi** del acreedor y del tercero, la novación queda hecha; la liberación del primer deudor es un derecho adquirido, del que puede aprovecharse, sin necesidad de aceptarlo, y sin temor de verse despojado de él por la voluntad contraria del primer acreedor y del que se subroga. No cabe duda -dice Giorgi- de que éste solo o sólo el acreedor, desconociéndolo el otro contratante, no podrían destruir el acuerdo. Tampoco el **contrarius consensus** del uno y del otro puede quitar al deudor el beneficio de la liberación ya conseguida, siempre que se trate de una estipulación en favor de un tercero; y la razón estriba en que **obligatio semel extincta non reviviscit** y en el artículo 1270 (Giorgi se refiere al Código Civil Italiano de 1865), cuando dice claramente que la subrogación puede efectuarse sin intervención del primer deudor, haciendo comprender bien que la liberación se verifica como efecto necesario del acuerdo ya efectuado **inter alios**.

Añade el citado autor que esta subrogación no es el terreno más fértil para las aplicaciones prácticas, ni, por lo tanto, el más necesitado de estudio. Si quitamos los pocos casos del pariente, del amigo, del interesado, nadie piensa en ofrecer espontáneamente el pago de la deuda ajena. Por ello estima que la adquisición de semejante deuda versa ordinariamente como efecto de delegación.

---

(15) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 451.

Al tratar acerca de esta forma novativa, Lafaille [16] sostiene que, en el presente supuesto, el tercero celebra un acuerdo con el acreedor, sin consentimiento del obligado, a diferencia de lo que ocurre en la "delegación", en que es precisamente éste quien ofrece la responsabilidad del extraño; y como nada impide exonerar al primitivo deudor sin exigirle que lo consienta, el nexo queda circunscrito al segundo y al titular del crédito.

Recuerda Lafaille (conforme al texto originario del artículo 815 del Código Civil Argentino), que es indispensable que el acreedor exonere de un modo expreso a dicho obligado, pues de otra manera no se extinguiría una de las deudas, ni habría, por lo tanto, novación.

Guillermo A. Borda [17], en fin, anota que la obligación anterior se extingue por acuerdo del acreedor y de la persona que asume la deuda; y agrega que el acreedor debe declarar expresamente que desobliga al deudor anterior [18].

---

(16) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 390 y 391.

(17) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 637.

(18) Sin embargo, un tema sobre el que resulta pertinente detenernos es el relativo a las excepciones susceptibles de deducirse luego de producida la novación por expromisión.
Para Alberto Trabucchi (TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 100 y 101.), por lo que toca a las excepciones oponibles por el nuevo deudor, el artículo 1272 del Código Civil Italiano de 1942 (siempre como una norma meramente dispositiva) establece que el tercero no puede oponer al acreedor las excepciones relativas a su relación interna con el deudor originario; y, por el contrario, podrá oponer al acreedor aquellas excepciones que hubieran correspondido al deudor originario, con exclusión de las tres siguientes: a) las excepciones personales del deudor (ejemplo, su incapacidad); b) las excepciones derivadas de hechos posteriores a la expromisión; c) la excepción de la compensación.
En relación con la materia, debemos recordar lo expresado cuando analizamos el artículo 1192 del Código Civil Peruano, norma relativa a la solidaridad (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 300 y siguientes.), en el sentido de que el Código Civil, en el artículo 1282 -bajo comentario- emplea el referido término (excepciones) en similar acepción que el numeral 1192. Así, se toma esta palabra no en su sentido técnico, sino como defensa o medios de defensa de los cua-

Por otra parte, siendo claro que la novación, en general, y la novación por expromisión, consecuentemente, son contratos (además de ser medios extintivos de obligaciones), debemos recordar que, en virtud de lo establecido por el artículo 1366 del Código Civil Peruano, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (en realidad el término legal apropiado sería "celebran") y, si se trata de derechos y obligaciones trasmisibles, sus herederos.

Manuel de la Puente y Lavalle [19], cuando aborda el tema de la relatividad del contrato, señala que, dado que él se forma mediante el consentimiento, obviamente sólo puede producir efectos relativos obligatorios para quienes han prestado su consentimiento, o sea para los contratantes; no es posible, por lo tanto, que mediante un contrato se impongan obligaciones a cargo de terceros o se confieran derechos a éstos, sin la previa aceptación de ellos.

Recuerda De la Puente que en el Derecho Romano este principio estaba contenido en el adagio **res inter alios acta alios nocere nequé pródesse potest**, lo que, tal como explica Josserand, nunca quiso decir que los contratos no tienen repercusión sobre los terceros, sino únicamente **que no pueden hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero, sin el consentimiento de éste**; esto es, que son impotentes para convertir a una persona en acreedora, deudora o propietaria.

De las expresiones de Manuel de la Puente queda claro el alcance del precepto legal peruano, el mismo que constituye regla general, que -a entender nuestro- se hace extensiva tanto a los actos a título gratuito, como a los actos a título oneroso, en aplicación de lo dispuesto por el principio universal de Derecho de que "no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue".

---

les puede valerse el deudor de la nueva obligación, para controvertir el derecho del acreedor. Hacemos de aplicación al punto, **mutatis mutandis**, las expresiones vertidas sobre el tema con ocasión del análisis mencionado.

(19) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato Privado, Tomo II, Página 192.

Además, la doctrina contractual, al abordar el tema del principio **res inter alios acta**, lo trata como referido a todos los contratos. Consideramos que no existen razones de orden jurídico para efectuar en este punto una distinción innecesaria, la misma que, en todo caso, carecería de sentido.

No cabe duda de que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión es un acto de liberalidad respecto del deudor originario, pues éste queda liberado.

Sin embargo, el asunto es algo más complejo de lo que aparenta ser, ya que el Derecho Peruano se aparta del principio romano **liberat autem me**, **qui quod debeo promittit, etiam si nolim**, propugnado por Ulpiano. En nuestro Derecho, los actos de liberalidad en general deben contar para su validez -o, por lo menos, para su eficacia- con el asentimiento de aquella persona a quien se pretende beneficiar.

Los actos de liberalidad son, fundamentalmente, actos que requieren el consentimiento del beneficiario, como los casos notorios y ejemplificadores de la sucesión **mortis causa**, en la que se permite al heredero o legatario renunciar a la herencia; el contrato de donación, que exige, para su validez, el asentimiento del donatario; la condonación, que precisa el concurso de voluntades entre quien condona y aquél a cuyo favor se condona. Y como a nadie se le puede imponer un acto a título de beneficencia, no abrigamos dudas acerca del derecho del deudor exprometido, esto es del antiguo deudor, de pagar al deudor expromisario -nuevo deudor- el íntegro de la prestación que tenía a su cargo antes de que ocurriera la novación por expromisión.

De otro lado, como se recuerda de nuestro análisis del artículo 1222 del Código Civil [20], es regla general del pago que éste pueda ser efectuado por cualquier persona, resultando claro, de acuerdo con el texto del citado numeral, que el mismo pueda ser

---

(20) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 243 y siguientes.

ejecutado, incluso, por un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que simplemente carezca de interés.

El segundo párrafo del artículo 1222 establece que quien paga sin asentimiento del deudor sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago a dicho deudor.

Esto significa que, cuando paga un tercero sin asentimiento del deudor (inmiscuyéndose en la relación obligacional entre acreedor y deudor), tal tercero sólo podrá reclamar del deudor por quien pagó, aquella parte, fracción o porcentaje del pago que hubiese representado utilidad para el deudor, careciendo del derecho a reclamar el saldo.

En este punto resulta relevante referirnos a lo expresado por Giorgi [21], en cuanto a los efectos de la novación por expromisión respecto del deudor originario. Hacemos esta mención, pues como se viene señalando, en la novación por expromisión, para que ésta tenga validez y surta efectos, no se requiere del asentimiento del deudor originario y, más aun, podría producirse, incluso, contra la voluntad de dicho deudor (argumento del artículo 1282 del Código Civil Peruano).

En estas circunstancias, resulta lógico plantearnos la pregunta de cómo queda el principio **res inter alios acta** establecido por el artículo 1363 del Código Civil, el mismo que constituye -como hemos visto- regla aceptada en toda nuestra tradición jurídica.

Como dice Giorgi, lo que existe de notable en la subrogación del deudor, en la novación subjetiva por expromisión, es que no requiere del consentimiento del deudor: **Liberat autem me**, decía Ulpiano, **qui quod debeo promittit, etiam si nolim**, según antes lo hemos manifestado.

---

(21) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 448 y 449.

Señala Giorgi que esta regla parecerá extraña, pensando que **res inter alios acta, aliis nec prodest, nec nocet**; pero, a decir del profesor italiano, la extrañeza desaparece fácilmente al reflexionar que la novación no es más que un contrato liberatorio equivalente al pago. Y agrega que en materia de pago, como más generalmente en todos los contratos liberatorios, a diferencia de los obligatorios, el axioma jurídico **res inter alios acta** no halla aplicación. **Solutionem pro nobis accipiendo, et inviti, et ignorantes liberari possumus**; tema que -según Giorgi- queda aclarado en el tratamiento que hace del pago efectuado por un tercero.

Agrega que, por tanto y en rigor, la subrogación (Giorgi emplea -en este caso- el término subrogación en su sentido usual, mas no jurídico, es decir, como sinónimo de sustitución) del deudor, no es un acuerdo entre acreedor y deudor, sino más bien un acuerdo liberatorio entre el acreedor y un tercero; y lógicamente debería encontrar su puesto entre los modos de extinguir las obligaciones.

A entender de Giorgi, bajo cualquier otro respecto, la novación subjetiva por expromisión se encuentra regida por las mismas reglas de la delegación perfecta o de la novación, en general; siendo necesaria la obligación precedente, sin cuya subsistencia y validez faltaría la base de la expromisión y ella no tendría eficacia, o se convertiría en una donación si el que se subroga (sustituye) hubiera conocido la nulidad de la obligación precedente, y no obstante ello se hubiese obligado.

Pero recuerda que de estos ejemplos no contienen trazas las páginas de la jurisprudencia de su tiempo. Necesaria la segunda obligación, válida y eficaz, porque está en esto la causa de la liberación del deudor, salvo igualmente el caso extrañísimo de que el primer acreedor tuviese la tonta pretensión de realizar una liberalidad enmascarada. Necesaria por las mismas razones la capacidad del acreedor para conceder la liberación y la del que se subroga (sustituye) para obligarse. Necesario, por último, si no el consentimiento del deudor, el del acreedor y del que se subroga; éste, que es el actor principal, debe declarar que quiere obligarse

en lugar y vez del deudor; aquél debe manifestar el **animus novandi**, consintiendo en la liberación del deudor.

Hasta aquí nuestras referencias al maestro italiano.

De las palabras de Giorgi podemos rescatar dos puntos cuyo tratamiento resulta imprescindible abordar en la novación por expromisión: el primero, el referido a la afirmación hecha por el tratadista italiano en el sentido que los actos liberatorios no están regidos por el principio **res inter alios acta** (tesis que no encuentra sustento en el Derecho Peruano moderno); y el segundo, en el sentido de qué ocurre en relación al deudor liberado. Por nuestra parte, agregaríamos un tercer punto a tratar: el referido a la posición del nuevo deudor.

Consideramos que las expresiones mencionadas por nosotros para el caso del pago de la deuda por un tercero no interesado (o que tuviera un interés indirecto en el cumplimiento de la obligación), resultarían aplicables al tema de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Decimos esto por cuanto el Código Civil Peruano establece el principio general del pago por parte del tercero -como resulta obvio y natural- en las disposiciones generales de pago. No olvidemos que el pago, en estricto, es el medio idóneo (por excelencia) de cumplimiento de las obligaciones.

Pero tampoco debemos olvidar que el pago no es el único medio extintivo de obligaciones. Junto con él están regulados en el Código Civil la dación en pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso, de modo tal que resulta lógico pensar que muchos de los principios generales que inspiran al pago en estricto deben aplicarse analógicamente a los otros medios extintivos de obligaciones, pues no sería coherente pensar que el legislador, al abordar el tratamiento de cada uno de ellos, deba repetir los principios generales que inspiran a la extinción de obligaciones y que -como ha sido dicho- encuentran su sede natural en las disposiciones generales del pago.

De ahí nuestra convicción de que los principios contenidos en el artículo 1222 del Código Civil son aplicables, **mutatis mutandis**, a todos los demás medios extintivos de obligaciones, incluyendo -obviamente- a la novación, y en especial a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Como se recuerda, la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo. Esta figura nos hace recordar al pago que puede realizar el tercero no interesado o con un interés indirecto en el cumplimiento, aun contra la voluntad del deudor (argumento del artículo 1222 del Código Civil).

En ambos casos, analógicamente, tanto en el pago por el tercero no interesado (sin efectos subrogatorios), como en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, se produce la extinción de la obligación original y la liberación del deudor.

Al ser la analogía [22] un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto que aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en substancia, podríamos aplicar analógicamente el artículo 1222 del Código Civil -precepto relativo a las disposiciones generales de pago- al caso de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Ello, porque en el supuesto de la novación, si bien es cierto que no hay pago, sí se produce la extinción de la obligación originaria, y en ambos casos (los de los artículos 1222 y 1282) el pago y la sustitución se verifican por el acto de un tercero que paga o se sustituye sin asentimiento o, incluso, contra la voluntad del deudor.

---

(22) RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984, Páginas 294 y siguientes.

De esta forma, en ambos supuestos, en el del pago cuando no media subrogación y en el de la novación subjetiva por expromisión, se extingue la obligación originaria y, por ende, se libera al deudor[23].

---

(23) Queda claro que para que estemos en presencia de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, no debe haberse producido la figura del pago con subrogación, pues en este caso las consecuencias serían absolutamente diversas, en la medida que no estaríamos en presencia de una nueva obligación, sino de la misma, sólo que en ella se habría operado un cambio en el sujeto del acreedor original, quien habría sido subrogado por el tercero que pagó.
En este sentido, resulta unánime el parecer de la doctrina consultada. Son de esta opinión, entre otros, Alfredo Colmo (COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 535 y siguientes.), Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 390 y 391.) y Guillermo A. Borda (BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 637.).
De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1260 del Código Civil Peruano, la subrogación opera de pleno derecho en tres supuestos, ninguno de los cuales resulta aplicable al pago por un tercero no interesado -o con un interés indirecto- en el cumplimiento de la obligación.
En cambio, en virtud a lo establecido por el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil, la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero (no interesado o con un interés indirecto) y lo sustituye en sus derechos (se entiende, sin aprobación expresa ni tácita del deudor, por contraposición con lo dispuesto en el inciso 2 del referido numeral).
Esto significa que sólo se producirá la subrogación convencional, cuando se de el supuesto que acabamos de anotar, esto es, cuando el acreedor sustituya al tercero en sus derechos en relación con el deudor. En caso contrario se producirá el pago por el tercero, pero no habrá subrogación alguna.
Dentro de tal orden de ideas, si se produjese la subrogación convencional establecida por el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil, el tercero que pagó se sustituiría en el lugar del acreedor subrogado en todos los derechos, acciones y garantías de ese antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiera pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil); en tanto que si el pago efectuado por dicho tercero no tuviera efectos subrogatorios, el referido tercero sólo tendría derecho a repetir para exigir del deudor la restitución de aquéllo en que le hubiese sido útil el pago (argumento del segundo párrafo del artículo 1222).
Por otra parte, resulta imprescindible referirnos a cuáles son los derechos del deudor por quien el tercero pagó sin su asentimiento (situación que incluye o el que no se le haya consultado, o el que

Pero, por otra parte tenemos el principio **res inter alios acta**, es decir, que los actos por más liberatorios que sean sólo surten efectos, en el Derecho Peruano, entre las partes que los celebran; esto significa que en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, el deudor tendría el derecho de pagar al tercero que asumió la deuda por expromisión el íntegro de la prestación, sin que tenga relevancia el hecho de que el tercero -ahora nuevo deudor- haya pagado la nueva deuda al acreedor (persona que mantiene la misma condición en ambas obligaciones). Esta afirmación obedece a que la novación habría producido efectos liberatorios, que en la práctica serían los mismos que tendría el pago efectuado por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación. Y por ello, y aplicando analógicamente el artículo 1222 del Código Civil, sostenemos que el tercero que paga tendría derecho a repetir contra el deudor exprometido hasta por el monto de aquello en que le hubiese sido útil el pago al referido deudor.

Así, resulta evidente que en la novación subjetiva por cam-

---

habiéndosele consultado, haya manifestado su negativa a que se efectúe el pago).
Reiteramos que dicho deudor tendría el derecho de pagar al tercero que pagó por él, el íntegro de lo pagado, independientemente de si el referido pago fue útil para el deudor o no.
Ello significa que si bien el Derecho ampara la posibilidad de que un tercero pague sin asentimiento o aun contra la voluntad del deudor, el pago no podría imponerse al deudor como un acto de liberalidad, como antes lo hemos expresado.
Está claro que en ambos casos (haya o no subrogación), el deudor queda liberado del cumplimiento de su obligación respecto del acreedor original; pero si hay subrogación, continuará obligado en relación al tercero que pagó, en tanto que si no hay subrogación, le asistirá el derecho de pagar a dicho tercero.
En los dos supuestos (vale decir, exista o no pago con subrogación), el deudor por quien el tercero pagó no quedaría librado a la voluntad de tal tercero para satisfacer el débito que le correspondía, pues si el tercero que pagó por el deudor hubiese actuado con ánimo de liberalidad y sin la intención de hacer efectiva la subrogación o repetición, el deudor tendría el derecho de exigirle recibir el pago. Y si el tercero se negara a recibirlo, le asistiría al deudor el derecho de recurrir al mecanismo del pago por consignación.

bio de deudor en la modalidad de expromisión, el deudor originario tiene el derecho de pagar, aun cuando el tercero no quiera recibir el pago; a la vez que ese tercero tendrá derecho a reclamar del deudor exprometido aquel porcentaje o fracción de la novación que fue útil a dicho deudor.

Está claro que si el deudor exprometido intentase pagar y el nuevo deudor (deudor expromisario) rehusase el pago, asistiría a dicho ex-deudor el derecho de consignar.

– ***La novación por expromisión y la asunción o cesión de deudas.***

– *La asunción de deuda.*

Aunque el Código Civil de 1984, al igual que sus antecedentes inmediato y mediato, los Códigos de 1936 y 1852, respectivamente, carece de normatividad legal sobre la asunción de deuda, la institución, como veremos, es aceptada de manera uniforme por la doctrina nacional y extranjera. Se trata de un acto innominado, pero no por ello descartado de las esferas jurídicas civiles.

Por ello, el acuerdo en virtud del cual uno de los sujetos de la relación obligatoria (acreedor o deudor) conviene en trasmitir a un tercero la deuda y éste se obliga a asumirla, manteniendo vigente la misma relación obligacional, sin novarla, se denomina en doctrina asunción de deuda. Como también se denomina asunción de deuda, sin convenio alguno, su transmisión **mortis causa**.

Vamos a cargar la tinta, sin embargo, sobre el tema de la asunción de deuda como negocio jurídico.

Esta figura es conocida también como sucesión de deuda **inter vivos** o cesión de deuda. No obstante, esta última denominación es inadecuada, toda vez que evoca la idea de un

acto de disposición en virtud del cual el deudor trasmite a un tercero el deber de cumplir la prestación a su cargo. Empero, la asunción de deuda puede efectuarse entre el acreedor y el tercero, aun sin intervención del deudor primitivo.

La generalidad de la doctrina consultada, en la que vamos a poner el mayor énfasis, es unánime en concebir a la asunción de deuda como el acto en virtud del cual un tercero asume el lugar del deudor de una determinada obligación.

Funk, citado por Lozano Berruezo [24], señala que la asunción de deuda es un contrato por el cual un tercero se obliga a liberar al deudor de una deuda asumida por él.

A decir de Enneccerus, Kipp y Wolff [25], la asunción de deuda es el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor. El deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma.

Von Tuhr, también citado por Lozano Berruezo [26], refiere que la asunción de deuda, en sentido estricto, es un negocio jurídico por medio del cual se producen -de una vez- dos efectos: eximir al deudor anterior y obligar a la persona que asume la deuda. Este autor ve en la figura bajo análisis una sucesión en la deuda, la que presenta tres facetas, a saber: un contrato fuente de obligaciones para la trasmisión, un acto de adquisición para el acreedor, y un acto de disposición para el deudor.

Saleilles, otro jurista citado por Lozano Berruezo [27], expresa que cesión de deuda o endoso de deuda (**Schuldnerbernahme**) es el contrato que tiene por fin la disposición de un

---

(24) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 113.
(25) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 411.
(26) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 113.
(27) LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 113.

elemento del patrimonio, de un derecho, de allí que importe un acto de disposición.

Para el tratadista colombiano Arturo Valencia Zea [28], la cesión o asunción de deudas es el negocio en virtud del cual una persona se compromete a pagar al acreedor en lugar del primitivo deudor. Agrega que el Código Civil de su país no contempla dentro de una reglamentación general la transmisión de derechos personales por su aspecto pasivo, a semejanza de lo que sucedía en el Derecho Romano.

Según Alberto Trabucchi [29], la asunción supone un contrato entre el deudor y un tercero destinado a producir eficacia dentro de la esfera jurídica de otra persona que es el acreedor[30].

Ahora bien, algunos autores sostienen que son requisitos **sine qua non** de la asunción de deuda, el asentimiento del acreedor y la preexistencia de una obligación válida.

Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda [31] afirma que la auténtica asunción, o sea, aquella que libera al deudor originario, necesita del asentimiento del acreedor, toda vez que no todos los patrimonios ofrecen al acreedor las mismas seguridades que el de la prestación a que tiene derecho. Es obvio que el acreedor se encontrará más tranquilo no sólo por la calidad moral de su deudor, sino más bien por la riqueza de su patrimonio.

En este sentido, De Diego, citado por Castañeda [32], precisa

(28) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 405 y 406.
(29) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 101 y 102.
(30) Precisa este autor que el legislador italiano de 1942 ha concebido tal figura como un contrato a favor de un tercero; pero, bien considerada, la ventaja a favor del tercero se produce como reflejo del fin fundamental del contrato que es el de beneficiar al deudor originario; tratándose, estructuralmente, de un contrato abierto a la adhesión de un tercero (en nuestro caso, a la adhesión del acreedor).
(31) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 254.
(32) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 253 y siguientes.

que en la cesión de deudas no se puede eliminar la intervención del acreedor, ya que al deudor podría serle indiferente pagar a uno u otro acreedor, pero al acreedor ello no le será indiferente. Al acreedor sí le importa quién es el que le debe.

Sobre la preexistencia de una obligación válida, Enneccerus, Kipp y Wolff [33] anotan que la asunción de deuda presupone una obligación válida, la misma que puede ser incluso futura, accesoria o litigiosa.

Cabe aquí señalar que un caso típico de cesión de deudas suele presentarse en la sucesión por causa de muerte, en la que ella se verifica, desde luego, sin convención alguna.

Trabucchi [34] agrega que un ejemplo de asunción se da cuando en la división de la herencia uno de los coherederos asume frente a los demás la obligación de pagar las deudas hereditarias; en otros casos, la asunción se produce por imperativo legal: así sucede en la cesión del patrimonio y en la venta de herencia.

Por su parte, Valencia Zea [35] expresa que la cesión o asunción de deuda tiene como fuentes principales la sucesión por causa de muerte y la convención o negocio jurídico. En la sucesión por causa de muerte se realiza respecto a los herederos (y subsidiariamente respecto de los legatarios) una plena asunción de deudas del causante, pues el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles; y las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas; siendo beneficiosa esta asunción de deudas para los acreedores, por cuanto en lo futuro tendrán dos patrimonios como garantía del pago de sus créditos: el del causante y el de los herederos, quienes, no obstante, po-

(33) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 409 y siguientes.
(34) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 101 y 102.
(35) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 405 y 406.

drán interponer el beneficio de inventario, en virtud del cual responden de las deudas del causante hasta la concurrencia de los bienes que efectivamente reciban del **de cujus**. Y, además, la asunción de una deuda puede verificarse mediante negocio o convención celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor.

Recuerda Valencia Zea que el Código Civil Colombiano reglamenta la asunción de deudas por medio de la sucesión por causa de muerte, pero no por convención o negocio jurídico, no obstante lo cual se dan aplicaciones casuísticas. Así, conforme el artículo 2020, en ciertos casos, el adquirente de un inmueble está obligado a respetar el contrato de arrendamiento, con lo cual asume las obligaciones que debía ejecutar el trasmitente; sin embargo, aquí más que ante una cesión aislada de deudas nos encontramos ante una cesión de la posición contractual.

En opinión de Jorge Eugenio Castañeda [36], en la práctica se observan casos de cesión o sucesión en las deudas, como son los de ventas de predios hipotecados y traspaso de establecimientos comerciales. En tales traspasos, el comprador de la tienda contrae generalmente la obligación de pagar las deudas. Parece, sin embargo, que cualquier pacto entre vendedor y comprador de establecimiento mercantil no puede enervar la acción del acreedor contra su primitivo deudor, no obstante que se hubieren efectuado las publicaciones que la ley especial ordena.

La asunción de deuda responde a una concepción objetiva de la obligación, según la cual la esencia de ésta se halla en su objeto [37].

---

(36) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 260.

(37) Saleilles, citado también por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 101.), afirma que lo importante en la obligación es lo que nosotros llamamos contenido y los romanos **praestare**. Lo que importa es que se cumpla lo que es preciso cumplir y no la persona que lo cumple o quien recibe el pago -aunque, claro está, siempre habrá de cumplirse entre un acreedor y un deudor-.

Por ello, el Derecho Romano desconoció esta figura [38].

Enneccerus, Kipp y Wolff [39] señalan que la asunción de deuda fue considerada por el Derecho Romano como incompatible a la esencia de la obligación. Por tanto, no podía darse ingreso a un nuevo deudor, sino renovando a la vez la deuda misma, o sea mediante novación, que podía hacerse por delegación del antiguo deudor (**delegatio**) o sin delegación (**expromissio**).

La inflexibilidad originaria que en el tema de la transmisión de obligaciones presentó el Derecho Romano, fue atemperada al admitirse en Roma la trasmisión del crédito, no sólo sin la voluntad del deudor, sino incluso contra ella.

Sin embargo, dicha inflexibilidad se abandona de manera absoluta con la dación del Código Civil Alemán, el que admite la trasmisión de la obligación en su aspecto pasivo [40].

Precisa Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 253 y siguientes.), que en toda obligación existe un elemento activo que es el crédito y algo pasivo que es la deuda. Estos elementos existen independientemente de sus titulares, tienen su propia individualidad, son valores patrimoniales, son cosas, en fin, susceptibles de enajenación. La deuda concebida como cosa enajenable, es trasmisible de persona a persona. La deuda se transporta de un deudor a otro, lo cual importa sucesión en la deuda.
Es incuestionable que ha sido el Derecho Comercial el que más ha contribuido a esta despersonalización de la obligación, al tratar de debilitar la importancia que tenían en la relación obligacional las personas del acreedor y del deudor.

(38) Según anota Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 253.), los romanos no concibieron la mutación subjetiva de la obligación, esto es, la posibilidad de que el crédito o la deuda se transmitiera de una persona a otra, ya que percibieron a la obligación como un vínculo eminentemente personal.

(39) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 409 y siguientes.

(40) Saleilles, nuevamente citado por Lozano Berruezo (LOZANO BERRUEZO, C. Op. cit., Página 100.), expresa que el Código Alemán no podía por menos que consagrar este principio, ya que de un

La asunción de deuda logra pues tipicidad jurídica con la promulgación del B.G.B. Alemán, Código que le dedica los numerales 414 a 419 [41].

---

modo o de otro, los Códigos Prusiano, Austriaco y el Proyecto para el Reino de Baviera tratan del contrato de trasmisión de deuda.

Aclara Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 253.), que fue entre los pueblos germanos en donde se consiguió la sucesión en las deudas, por lo mismo que éstos tuvieron una concepción de la obligación distinta a la que mantenían los romanos. Para los germanos la obligación incidía más sobre los bienes que sobre las personas.

Valencia Zea (VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 405 y 406.), por su parte, refiere que el antiguo Derecho germánico conoció esta institución, pero más tarde quedó oscurecida por la influencia de las ideas romanistas; no obstante lo cual, renació con la elaboración del Código Alemán de 1900.

(41) Los artículos a que hacemos referencia, son los siguientes:

Artículo 414.- "Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor de forma que el tercero se subrogue en la posición del anterior deudor."

Artículo 415.- "Si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación sólo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación, las partes pueden modificar o invalidar el contrato.

Si la ratificación es negada, la asunción de deuda vale como no realizada. Si el deudor o el tercero requieren al acreedor, bajo determinación de un plazo, para la declaración sobre la ratificación, ésta sólo puede ser declarada hasta el transcurso del plazo; si no es declarada, vale como denegada.

En tanto el acreedor no haya otorgado la ratificación, en la duda el asumiente está obligado frente al deudor a satisfacer al acreedor en tiempo oportuno. Lo mismo vale si el acreedor niega la ratificación."

Artículo 416.- "Si el adquirente de una finca asume, por contrato con el enajenante, una deuda de éste en garantía de la cual existe una hipoteca sobre la finca, el acreedor sólo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante se la comunica. Si han transcurrido seis meses desde la recepción de la comunicación, vale la ratificación como otorgada si el acreedor no la ha negado anteriormente frente al enajenante; la disposición del parágrafo 415, párrafo 2°, inciso 2°, no tiene aplicación.

La comunicación del enajenante sólo puede realizarse si el adquirente está inscrito en el Registro como propietario. La comunicación debe hacerse por escrito y contener la indicación de que el

La asunción de deuda también encuentra regulación en el Código de las Obligaciones de Suiza de 1911 (artículos 175 a 183) [42] y en el Código Civil del Distrito Federal de México de

---

asumiente se subroga en la posición del anterior deudor, si el acreedor no declara la negativa dentro de seis meses.

El enajenante ha de comunicar, a requerimiento del adquirente, la asunción de deuda al acreedor. Tan pronto como exista en firme el otorgamiento o la negativa de ratificación, el enajenante ha de notificarlo al adquirente."

Artículo 417.- "El asumiente puede oponer al acreedor las objeciones que se derivan de la relación jurídica entre el acreedor y el anterior deudor. No puede compensar un crédito correspondiente al anterior deudor.

De la relación jurídica existente entre el asumiente y el anterior deudor como base de la asunción de deuda no puede el asumiente derivar objeciones frente al acreedor."

Artículo 418.- "A consecuencia de la asunción de deuda, se extinguen las fianzas y derechos de prenda constituidos para el crédito. Si existe para el crédito una hipoteca, sucede lo mismo que si el acreedor renuncia a la hipoteca. Estas disposiciones no tienen aplicación si el fiador o aquél a quien pertenece el objeto gravado al tiempo de la asunción de deuda, consienten en ésta.

Un derecho de preferencia unido al crédito para el caso de concurso no puede hacerse valer en el concurso sobre el patrimonio del asumiente."

Artículo 419.- "Si alguien asume por contrato el patrimonio de otro, los acreedores de éste, sin perjuicio de la continuación de la responsabilidad del anterior deudor, pueden desde la conclusión del contrato hacer valer también contra el asumiente sus pretensiones existentes en este tiempo.

La responsabilidad del asumiente se limita al efectivo del patrimonio asumido y a las pretensiones que le corresponden por el contrato.

Si el asumiente alega la limitación de su responsabilidad, se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 1990 y 1991 para la responsabilidad del heredero.

La responsabilidad del asumiente no puede ser limitada ni excluida por pacto entre él y el anterior deudor."

(42) Los artículos del Código de las Obligaciones de Suiza a que hemos hecho referencia son los siguientes:

Artículo 175.- "La promesa hecha a un deudor de asumir su deuda obliga a quien la asume a liberarlo sea pagando al acreedor, sea haciéndose cargo de la deuda con el consentimiento de este último.

Quien asume una deuda no puede ser demandado en ejecución de esta obligación por el deudor, hasta que este último no haya cumpli-

do respecto de él con sus obligaciones derivadas del contrato de asunción de deuda.
El antiguo deudor que no es liberado puede demandar las garantías a quien asume la deuda."
Artículo 176.- "El reemplazo del antiguo deudor y su liberación operan por un contrato entre el que asume la deuda y el acreedor.
El ofrecimiento de celebrar este contrato puede resultar de la comunicación hecha al acreedor por el tomador o, con la autorización de este último, por el antiguo deudor, del convenio celebrado entre ellos.
El consentimiento del acreedor puede ser expreso o resultar de las circunstancias; se presume cuando, sin formular reservas, el acreedor acepta un pago o consiente en algún otro acto cumplido por quien asume la deuda a título de deudor."
Artículo 177.- "El ofrecimiento puede ser aceptado en cualquier momento por el acreedor; quien la asume o el antiguo deudor tiene, no obstante, el derecho de fijar, para la aceptación, un plazo en expiración del cual el ofrecimiento se reputa rechazado en caso de silencio del acreedor.
Aquél que ha ofrecido asumir una deuda es liberado si, antes de la aceptación de su oferta, una nueva asunción de deuda ha sido convenida y si el nuevo tomador hubiese dirigido su oferta al acreedor."
Artículo 178.- "Los derechos accesorios subsisten a pesar del cambio de deudor en la medida en que ellos no sean inseparables de la persona de este último.
Siempre, los terceros que han constituido una prenda en garantía de la deuda y la fianza no permanecen obligados respecto del acreedor, salvo cuando ellos han consentido en la asunción de la deuda."
Artículo 179.- "Las excepciones derivadas de la deuda asumida pasan del antiguo deudor al nuevo.
El nuevo deudor no puede hacer valer las excepciones personales que el antiguo habría podido plantear contra el acreedor, si lo contrario no resulta del contrato celebrado con el acreedor.
No se puede oponer al acreedor las excepciones que los hechos que han dado nacimiento a la asunción de la deuda le habrían permitido oponer al antiguo deudor."
Artículo 180.- "Cuando el contrato de asunción es anulado, la antigua deuda renace con todos sus accesorios, pero bajo reserva de los derechos pertenecientes a los terceros de buena fe.
El acreedor puede, de otro lado, hacerse indemnizar por quien asume la deuda, del daño que él ha sufrido sea por la pérdida de las garantías anteriormente constituidas, sea de cualquier otra manera, si el tomador no puede establecer que la anulación del contrato y el perjuicio causado al acreedor no le son imputables."
Artículo 181.- "Aquel que adquiere un patrimonio o una empresa con activo y pasivo deviene responsable de las deudas respecto de los acreedores, desde que la adquisición ha sido puesta por él en su conocimiento o que él la ha publicado en los diarios.

1927 (artículos 2051 a 2057) [43].

Siempre, el antiguo deudor permanece obligado solidariamente durante dos años con el nuevo; este plazo corre, para las acreencias exigibles, desde el aviso o la publicación, y, para las otras acreencias, desde la fecha de su exigibilidad.
Los efectos de una transferencia similar de pasivo son, por tanto, los mismos que aquellos del contrato de asunción de deuda propiamente dicho."
Artículo 182.- "Cuando dos empresas se fusionan y se transfieren recíprocamente su activo y su pasivo, los acreedores de una y de otra tienen los derechos derivados de la cesión de un patrimonio, y la nueva empresa responde de todo el pasivo.
Los mismos efectos se relacionan a la constitución de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, en cuanto a las deudas de la empresa individual absorbida por la sociedad."
Artículo 183.- "Se reservan las disposiciones especiales relativas a la asunción de deuda en materia de partición sucesoral o de enajenación de inmuebles gravados o en garantía."

(43) Los artículos del Código Civil Mexicano a que hemos hecho referencia, son los siguientes:
Artículo 2051.- "Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente."
Artículo 2052.- "Se presume que el acreedor consiente en la substitución del deudor cuando permite que el substituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo."
Artículo 2053.- "El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario."
Artículo 2054.- "Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasando ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa."
Artículo 2055.- "El deudor substituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo; pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la substitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen."
Artículo 2056.- "El deudor substituto puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda y las que le sean personales, pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo."
Artículo 2057.- "Cuando se declara nula la substitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios, pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe."

– *La asunción de deuda en el Derecho Peruano.*

Refiere Jorge Eugenio Castañeda [44] que el Derecho de los pueblos latinos no legisla a la asunción de deudas, pero cuenta con dos figuras que la reemplazan, aunque no íntegramente: la expromisión y la delegación.

En efecto, como lo dijimos al inicio, ni el Código Civil Peruano de 1852, ni el de 1936, ni el actual, regulan la figura bajo comentario. No obstante, en el Derecho Peruano podemos encontrar una primera alusión al tema, con ocasión de la elaboración del Código Civil de 1936, en un Memorándum presentado por el Doctor Pedro M. Oliveira, en relación con el Plan del Libro de las Obligaciones que con anterioridad había formulado el Doctor Manuel Augusto Olaechea, y en el que Oliveira cuestionaba que dicho Plan no legislara sobre la cesión de deudas.

La Sesión en que el Doctor Oliveira presentó dicho Memorándum fue la cuadragésimo quinta, de fecha 12 de septiembre de 1923. La respuesta del Doctor Olaechea a ésta y a las demás observaciones (fueron un total de veintisiete) del Doctor Oliveira tuvo lugar en la cuadragésimo séptima Sesión, de fecha 26 de septiembre de 1923. Esta fue la segunda ocasión en que se aludió al tema de la cesión de deudas.

La tercera tuvo lugar a través de una Ponencia presentada por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, en la centésimo quincoagésima Sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 28 de abril de 1926 [45], precisamente cuando abordaba el tema de la novación.

En la referida Ponencia, el Doctor Olaechea se manifestaba contrario a legislar en el nuevo Código sobre la cesión de

(44) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 252 y siguientes.

(45) OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Sexto Fascículo, Páginas 91 y 92.

deudas, por considerar, de un lado, que la cultura jurídica peruana rechazaba la concepción tan objetiva de la obligación en la que se basaba la cesión de deudas, y de otro, que la trasmisión de la deuda sin que opere novación no revestía realmente interés práctico, ya que aun en el Código Civil Alemán los derechos accesorios que garantizaban la deuda no subsistían.

Posteriormente, el propio Olaechea en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil Peruano [46], en 1936, se ratificaba en los argumentos expuestos años atrás en el seno de la Comisión Reformadora, al sostener los siguientes conceptos sobre la novación y la cesión de deudas:

"El título tercero regula la novación. Esta figura conserva caracteres propios. Desde el punto de vista activo, la cesión de créditos aparece instalada en todos los Códigos. Desde el punto de vista pasivo, la cesión de deudas sólo ha llegado a cristalizar en los Códigos alemán y suizo. El primero de dichos Códigos ignora la novación y el segundo la admite respecto de los saldos provenientes de la cuenta corriente. Para el Código alemán, la cesión de deuda a título particular, puede resultar o de un contrato entre el acreedor y el nuevo deudor, o entre el antiguo y nuevo deudor. En el primer caso, hay una expromisión y en el segundo, la cesión de deuda no asume un carácter original. La institución trazada por el Código alemán, no ha sido imitada por el Código del Brasil, ni por el novísimo Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos que la omite deliberadamente. En concepto de los preclaros autores de esta obra de unificación legislativa la pretendida novedad suizo-alemana carece de interés por practicar el derecho civil latino la expromisión y la delegación que son formas diversas de la novación [47]."

(46) OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Exposición de Motivos del Libro Quinto, Páginas 29 y 30.

(47) Seguramente Olaechea se refiere a la Exposición de Motivos de dicho Proyecto de Código (COMMISSIONE FRANÇAISE D'ETUDES

– *La conveniencia o no de legislar en el Perú acerca de la asunción de deuda.*

Es este un tema que no resulta novedoso. Ya los Doctores Pedro M. Oliveira (partidario de legislar la materia en el Código Civil) y Manuel Augusto Olaechea (ferviente adversario de esta idea) sostuvieron un debate sobre el particular.

Estimamos que dicho debate y, en especial, las conclusiones a que arribó Olaechea, aclaran de manera prístina tan interesante asunto.

Como hemos expresado, en la cuadragésimo quinta Sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil, de fecha 12 de septiembre de 1923, se dio lectura a un Memorándum de observaciones formuladas por el Doctor Oliveira en relación al Plan del Libro de las Obligaciones presentado con anterioridad por el Doctor Olaechea.

DE L'UNION LEGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIEES ET AMIES. Projet de Code des Obligations et des Contrats. Texte definitif approuvé à Paris en Octobre 1927, Página CXI.), cuando las Comisiones que lo elaboraron expresaban lo siguiente:
"Como se sabe, el código alemán no indica ya a la novación dentro de los modos de extinción. El prevé en su lugar a la cesión de deuda, que se distingue de la expromisión o de la delegación novatoria en que ella es considerada como una verdadera sucesión en la deuda, sucesión a título particular, bien entendido, y que no extingue la deuda.
La innovación no es tan grande como a primera vista puede parecer, porque también en el derecho francés y el derecho italiano son admitidas la expromisión y la delegación no novativas, es decir que ellas no producen novación y por tanto la novación no se presume jamás si no resulta claramente del acto la voluntad de extinguir la antigua obligación. Una voluntad como ésta tendría válidamente efecto en el derecho alemán actual, no obstante que el Código no menciona a la novación, ya que ella se aplicaría a un contrato perfectamente lícito.
Las comisiones no han creído deber seguir el ejemplo del código alemán, y ellas se han inspirado de uno de los códigos más recientes y más felizmente redactados, el Código Brasileño, el cual, en su edición del 1° de enero de 1916 ha mantenido un capítulo sobre la novación (artículos 999 y siguientes)."

Este Memorándum [48] contenía -como ha sido dicho anteriormente- diversas observaciones, de las cuales dos se centraban en el tema que nos ocupa: la vigésimo segunda y la vigésimo tercera, que reproducimos seguidamente:

"Observación vigésima segunda.- El Código alemán y el Código suizo han legislado la transferencia de deudas.

¿Debe reconocerse la existencia de esta institución en el Proyecto?

¿No será posible el cambio de deudor sin novación de la misma manera que lo es el cambio de acreedor? ¿No tendrá razón Saleilles cuando dice: 'La cesión de créditos y la cesión de deudas se complementan recíprocamente, y es tan sólo cuando una y otra son admitidas que las obligaciones son movilizadas bajo sus dos fases activa y pasiva?'.

¿No es la cesión un hecho de la vida diaria? Son los hechos, dice un escritor, los actores más eminentes del derecho, los que han forzado la mano, aquí como en todo, para hacer admitir como derecho de disciplina lo que era derecho fenómeno.

¿No convendrá consumar la desromanización del concepto de la **obligatio**, despojándolo, por completo, de su carácter originario de vínculo estrictamente personal?

Observación vigésima tercera.- El estudio de los tópicos apuntados en la observación precedente, ha hecho surgir en mi espíritu otras interrogantes, que entrego con verdadero agrado, al criterio del doctor Olaechea y de los demás señores miembros de la Comisión.

Si en una obligación puede cambiarse el sujeto activo o

---

(48) OLIVEIRA, Pedro M. En: COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Segundo Fascículo, Páginas 20 y 21.

acreedor por medio de la cesión de créditos, y el sujeto pasivo, por medio de la cesión de deudas, y el objeto por medio de la dación en pago (Código alemán, artículo 364) y la causa sin salir de los principios de derecho común (artículo 67, Código Civil alemán), ¿a qué queda reducida la importancia práctica de la novación en el derecho contemporáneo?

Sea de ello lo que fuere, habrá que admitir, cuando menos, que las funciones propias de la novación son ya muy escasas (Véase Planiol, Derecho Civil, tomo 2°).

(Es de notar que el Código alemán no legisla la novación, concordando su doctrina con la de un egregio pandectista, que el Código suizo sólo le consagra pocos artículos -artículos 116 y 117- y que la jurisprudencia francesa la limita cada vez más)."

Dos semanas después, en la cuadragésimo séptima Sesión, de fecha 26 de septiembre de 1923, se dio lectura al Memorándum del Doctor Olaechea [49], en el que respondía a las observaciones formuladas por el Doctor Oliveira al Plan del Anteproyecto del Libro V que presentó a la Comisión.

En lo referente a las observaciones vigésimo segunda y vigésimo tercera, Olaechea expresaba lo siguiente:

"La primera de las dos observaciones enunciadas tiene por objeto investigar si conviene admitir la cesión de deudas desromanizando, por decirlo así, el concepto clásico personal de la obligación; y la segunda, estrechamente vinculada a la primera, se propone investigar si debe mantenerse todavía en nuestro derecho la figura jurídica de la novación.

Deploro que el doctor Oliveira no exprese su opinión sobre las dos cuestiones que propone.

---

(49) OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Segundo Fascículo, Páginas 29 a 35.

CONTESTO: a la segunda de las observaciones planteadas transcribiendo los siguientes conceptos de Planiol, autor egregio citado a menudo por el doctor Oliveira:

'El rol de la novación que fue considerable en la época romana parece -dice Planiol- que llega a su fin en los tiempos modernos. Cuando menos tiende a no revelarse como una institución jurídica distinta: su rol ha sido ocupado por otras operaciones que la reemplazan. Esta especie de desmembramiento de la novación se ha efectuado en el Código Civil alemán. El artículo 364 de este Código incorpora la novación por cambio de objeto en la dación en pago, considerando liberado al deudor de su obligación primitiva por la dación de una nueva acreencia contra él. La novación por cambio de deudor ha sido desbautizada y se ha convertido en la cesión de deuda. En cuanto a la última forma de novación por cambio de acreedor, el Código alemán la ignora enteramente y sólo se ocupa de la cesión de créditos.'

'Esta concepción moderna de la novación -dice el ilustre autor- no es verdadera sino en parte. Es cierto que la función traslativa de la novación ha resultado inútil desde que las legislaciones modernas han concebido y admitido la trasmisibilidad de las obligaciones: si las personas pueden sustituirse las unas a las otras en las relaciones obligatorias sin que la relación sea destruida, la novación por cambio de acreedor o por cambio de deudor, no tiene razón de ser: tiende a confundirse con la cesión de créditos o con la cesión de deudas. Pero como lo hemos visto antes, la novación no se absorve por la adjudicación en pago: contrariamente, la dación en pago debe considerarse como una novación seguida de inmediata realización. Aun perdiendo su función traslativa, la novación seguirá siempre con su rol propio, siendo el único procedimiento jurídico capaz de cambiar el objeto debido. Se verá, además, que la novación tiene todavía otras funciones, porque sirve para cambiar la causa de la obligación o sus condiciones.' (Planiol - Droit Civil, Tomo II, página 175).

Quiero prescindir por brevedad de hacer una referencia a la legislación comparada sobre este mismo asunto.

En lo tocante a la primera de las observaciones que analizo, permítaseme decir que no percibo el interés legislativo de la cuestión.

Creo que la nueva operación insinuada de la cesión de deudas nos llevaría fatalmente a modificar el concepto tradicional que tenemos de la obligación, el criterio romano de que la obligación es una relación jurídica que liga a dos personas determinadas, para considerar las obligaciones en lo futuro, sólo objetivamente, en su contenido patrimonial. Para todas las legislaciones derivadas del tronco romano el elemento pasivo de la obligación se reputa absolutamente intransferible; y me atrevo a pensar que la nueva manera legislativa, netamente alemana, proyectaría en el campo jurídico la confusión, la incertidumbre y la duda.

He dicho que no le atribuyo verdadera importancia legislativa.

He aquí por qué:

Si se admite la idea alemana de la cesión de las deudas, no se altera la obligación: cambia, únicamente, el sujeto pasivo de ella.

Dentro de esta figura jurídica, la convención entre el primer deudor y el segundo no surte efecto alguno para el acreedor, sino cuando éste presta su consentimiento; y debe agregarse, que las garantías de la obligación -no obstante suponerse que la obligación permanece inalterable- desaparecen.

Contrariamente, si se admite la figura clásica latina de la novación subjetiva por cambio de deudor, se supone entonces que la primera obligación desaparece y que se ha formado una nueva; pero la operación no se perfecciona sino

cuando el acreedor consiente en ella; las garantías de la primera obligación desaparecen igualmente, y el segundo deudor, sólo puede oponer al acreedor, como en la hipótesis primera, las excepciones que no tengan un carácter estrictamente personal al primero.

Y bien, ¿cuál es la diferencia capital desde el punto de vista práctico?, ¿para qué queremos demoler una idea que funciona tan claramente en todas las mentes, produciendo los mismos efectos jurídicos, para proyectar la oscuridad y la duda?

Es difícil que los círculos jurídicos peruanos entiendan y admitan una institución que violenta tan gravemente la cultura jurídica estratificada por el curso de los siglos.

Por todo esto, el propio Planiol añade lo siguiente:

'El interés (de la cesión de deudas, en vez de la figura de la novación subjetiva) no es considerable, y se explica que las legislaciones antiguas y modernas hayan prescindido durante largos siglos, de la cesión de deudas, contentándose con la cesión de créditos.'" (50).

---

(50) Para concluir su exposición Olaechea transcribe los siguientes conceptos de Giorgi:
"'Con estos precedentes no podían vacilar los compiladores del Código Napoleón y del italiano. En efecto, no dudaron en reconocer la trasmisibilidad de los créditos y en disciplinar la cesión a título de venta. Si los artificios de que hemos hablado tenían en el derecho romano la recomendable finalidad de poner el derecho civil en armonía con las exigencias del progreso nacional, hubiera sido un anacronismo repetirlas en una época en que el desarrollo progresivo del derecho estaba en auge, desapareciendo el antagonismo entre el rigor de los principios y las necesidades sociales. He aquí por qué el legislador francés haciéndose eco de las palabras de Portalis, reconoció en el artículo 1689 la cesión, es decir, la venta de los créditos. He aquí por qué nuestro legislador no sólo imitó el ejemplo en el artículo 1538 del Código Civil, sino que se atrevió a hablar de propiedad de crédito y, considerando el **vinculum juris**, como una figura jurídica que tuviese una esencia objetiva completamente independiente de las personas, dijo para hacer más diáfano su pensamiento

En opinión nuestra, la normatividad de la asunción de deuda no reviste apremio alguno, por cuanto, en virtud del principio de libertad contractual, aun careciendo de tipicidad jurídica,

---

que la propiedad del crédito se adquiere por el comprador. Insólito y atrevido lenguaje en una ley sobre la que ya hicimos y volveremos a hacer nuestras reservas'.
'Y no es eso todo. El grado más alto de progreso fue señalado por las leyes comerciales donde la necesidad de formas de trasmisión rápidas y seguras operó novedades mucho mayores que en el derecho puramente civil. En efecto, desde que el apremiante movimiento de los tráficos cambiarios aconsejó el expedir las letras de cambio con la cláusula a la orden, comenzó en las costumbres y luego en las leyes comerciales un modo más expeditivo de trasmisión. El endoso, que luego se extendió también a ciertos créditos civiles, referentes a títulos revestidos de formas comerciales, y está hoy en camino de extenderse todavía más. Por último, cuando los títulos al portador, espontáneamente introducidos y difundidos por el movimiento comercial bajo las formas primero alternativa y luego simple, en la factura, en las pólizas de seguro, en billetes de transporte o de entrada a los espectáculos públicos, aumentaron su importancia y nos condujeron a ver materializada una gran suma de dinero en un pedazo de papel que representa, por decirlo así, crédito y acreedor, se realizó la revolución; y desde entonces la tradición manual, la forma de trasmisión más sencilla y rápida llega a ser un modo legal de trasmitir los créditos de persona a persona'.
'Novación, procura sobre entendida, acciones útiles, cesión, endoso, tradición, he ahí sintetizada la historia de los principales medios de trasmisión de los créditos por actos **inter vivos**; he aquí el desenvolvimiento progresivo de las instituciones jurídicas destinadas a la trasmisión de los créditos. ¿Habíamos, pues, hablado mal al decir que en esta materia se ha realizado una revolución?'
'Todo esto, por lo que respecta a la trasmisión de los créditos, pues la trasmisión de las deudas no ha recibido el mismo impulso ni ha seguido nunca el activo movimiento manifestado respecto de los créditos. La razón la veremos pronto. Entre tanto nos basta con saber que la novación representa hoy, como antiguamente, el medio de trasferir una deuda de un deudor a otro' (Giorgi - Teoría de las Obligaciones. Tomo VI, página 73).
Y, más adelante, añade el mismo autor:
'De ahí se sigue que en los contratos bilaterales, la cesión que un contratante haga de su derecho de acreedor con respecto al otro contratante, no lo libra del débito correlativo, sino que agrega un deudor nuevo al antiguo. No se diga que hay injusticia; pues también el acreedor abusa de su derecho, cuando cede el crédito, expo-

bien podrían presentarse, como en la realidad de los hechos se presentan, actos de esa naturaleza.

En este sentido, militamos, con Olaechea, entre quienes objetan la eventual regulación de la figura bajo análisis por la ley civil peruana.

– *La posibilidad de ceder deudas en el Derecho Peruano.*

La doctrina nacional relativa al Código Civil de 1936, cuerpo normativo que -como ha sido visto-, al igual que el que nos rige, no reguló la figura de la cesión de deudas, se ha ocupado del tema.

Así, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda [51] señala que, a pesar de no estar legislada expresamente en nuestro cuerpo civil, podría celebrarse dentro del ordenamiento jurídico peruano una cesión de deudas.

---

niendo al deudor a una agravación de la obligación al ponerle a merced de un acreedor más poderoso o menos tolerante. Se contesta que bajo el imperio de las leyes, que permiten la cesión de los créditos, el deudor puede desde el principio prever el cambio de acreedor y que no tiene derecho a quejarse si ese cambio se verifica. Por lo demás, no pudiendo nunca la cesión agravar la esencia objetiva de la obligación, sería excesivo el prohibir la cesión de los créditos sólo porque el cesionario pueda ser un acreedor menos tolerante que otro acreedor. Y esto bastaría para explicar por qué la trasmisión de las deudas queda firme en la novación. Añádase que puede que aquellas causas, que hicieron sentir la insuficiencia del antiguo procedimiento de trasmisión de los créditos no se manifestaron nunca en la de las deudas. El incremento de los tráficos y la razón comercial podrán muy bien requerir modos expeditivos de trasmisión de los créditos, pero el deseo de trasmitir las deudas no habría podido ser más que sagacidad maléfica de los deudores quebrados o fraudulentos.
Esto basta sobre el asunto; pues estamos apremiados por más interesante y más vasta materia.' (Giorgi. Teoría de las Obligaciones. Tomo VI, página 78)."

(51) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 252 y siguientes.

Para afirmar la validez de la cesión de deudas en la ausencia de regulación específica al respecto, Castañeda recuerda las expresiones del Doctor Manuel Augusto Olaechea, quien a su vez se apoyaba en Baudry-Lacantinerie[52].

Del mismo parecer era el Doctor Angel Gustavo Cornejo [53], cuando manifestaba lo siguiente:

"Dado que el espíritu del nuevo Código, al mantener la novación, no impide que puedan celebrarse contratos en que sin extinguir una relación obligatoria, la transformen, es interesante diferenciar, como lo hace el derecho alemán, entre la novación propiamente dicha y la simple transformación de una deuda, ya que, como dice Enneccerus, la transformación contractual de una deuda, no puede en todos los casos equipararse conceptualmente o en sus efectos, a la novación romana."

Por su parte, el Doctor José León Barandiarán [54] coincidía con el parecer de Castañeda y Cornejo, admitiendo la posibilidad de la sustitución de los sujetos en una relación obligacional, sin que ello implique -necesariamente- novación, expresándose en los siguientes términos:

"En el derecho romano la novación tenía una importancia

---

(52) Anota Jorge Eugenio Castañeda que:
"OLAECHEA (...), citando a BAUDRY-LACANTINERIE, manifiesta que el hecho de no legislar una institución no implica prohibirla, que una codificación no suprime ni detiene el progreso jurídico, excluyendo las nuevas concepciones de la ciencia que respondan a necesidades efectivas. Pensaba el esclarecido maestro que la cultura jurídica del pueblo peruano rechaza esta concepción tan objetiva de la obligación; y que el interés de la asunción de deudas o cesión de deudas dependería de que subsistieran vigentes los derechos accesorios que garantizaban la deuda, pero que ni el mismo código alemán lo ha establecido así, vinculando al consentimiento la subsistencia de esos derechos; por lo mismo, concluía que carecía de interés práctico la transmisión de la deuda sin operarse novación."

(53) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Página 398.

(54) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Páginas 452 y 453.

considerable, como medio correctivo del rigor del principio de la intrasmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica; por lo que para modificarla precisaba extinguirla y constituir otra nueva.

Pero actualmente se percibe que toda la construcción relativa a la novación se halla en riña con la realidad de los negocios, en su faz económica y jurídica. Numerosos son los casos de modificaciones en los elementos integrantes de una relación jurídica, sin que se pueda decir que hay extinción de esta misma: cesión de crédito, pago con subrogación, aval, pago con intervención, trasmisión de activo y pasivo de las sociedades. La determinación de los efectos y alcances de estas modificaciones debe dejarse al acuerdo de las partes; no hay por qué presumir que tales determinaciones importen extinción de la obligación, para crear otra nueva; elaborándose para este propósito todo un régimen institucional. Dice Bibiloni a este respecto, haciendo la crítica del Código argentino y propugnando el criterio rectificatorio: 'La ley no interpreta los actos en el sentido de su extinción. Deja a las partes que los ajusten como los entiendan. Si quieren extinguir la obligación con el establecimiento de la nueva, son libres de hacerlo. Si no lo quieren, no viene la ley a sustituir su voluntad a la de las partes, interpretando en sentido distinto los actos que celebran, so color de que los cambios en las personas o en las prestaciones son contrarios a la esencia de la obligación. La novación no se presume. Es facultativa.'

Este nuevo orden de ideas respecto a la novación se impuso en el Código alemán. Este no la hace objeto de una institución especial; dejando que las partes libremente pacten el modo de reglar su relación jurídica. El cambio en la persona del acreedor cae dentro de la cesión de créditos; en cuanto al cambio en la persona del deudor, es objeto de un instituto especial, la cesión de deudas (artículos 414 y siguientes), dentro de la cual no se reputa que hay extinción de la misma deuda, sino mera asunción de ésta por el cesionario, tratando el caso como una verdadera sucesión a título particu-

lar. Como escribe Endemann, 'la novación servía en el derecho romano para hacer posible un cambio del acreedor o del deudor; ya no la necesitamos para este fin, pues la deuda persiste según el concepto actual, a pesar del cambio de los sujetos jurídicos participantes. El Código Civil ya no trata de la novación; pero, porque existe cierta libertad de pactar, sigue sirviendo al fin de realizar una modificación en la deuda, para anular una deuda existente hasta este instante y reemplazarla por una nueva.'

'Puesto que el B.G.B. -anota Dernburg- reconoce la libertad convencional, se admite de este modo las novaciones, cuando las partes así lo quieren, aunque el B.G.B. nada indique en particular sobre ello.'

El Código suizo consagra a la novación sólo un artículo, tendiente precisamente a quitarle su importancia legal, al establecer meramente que la novación no se presume. El cambio en la persona del acreedor es tratado dentro de la cesión de créditos, el cambio en la persona del deudor dentro de la cesión de deudas, la sustitución en la prestación es apreciada dentro de la dación en pago.

Sin embargo, hay un tanto de exageración en la crítica al régimen institucional de la novación. Dentro de los códigos modernos se conserva tal sustitución. Así ocurre con los códigos brasileño, italiano, venezolano y también con el proyecto franco-italiano."

Comparte la posición de la doctrina nacional el tratadista colombiano Arturo Valencia Zea [55], en el Derecho de cuyo país no existe un tratamiento legal orgánico de la cesión de deudas.

Señala Valencia Zea que algunos autores han dicho que no existe asunción de deudas, pues todo cambio de deudor, si bien es posible, implica creación de un derecho personal u

(55) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 405 y 406.

obligacional, antes que la transmisión de uno anterior; y explican dichos autores que, como es de la esencia del derecho del acreedor la acción de persecusión sobre los bienes del deudor, con el cambio de deudor el acreedor se ve precisado a ejercer la acción de persecusión sobre otro patrimonio, y así al cambiar uno de los elementos esenciales del primitivo derecho, cambia su identidad originaria, de suerte que el nuevo deudor no es sucesor del anterior; argumento frente al cual se responde diciendo que no siempre es de la esencia del crédito el hacerse efectivo sobre un patrimonio, ni menos que ha de ejercerse sobre el patrimonio de determinado deudor. Así, el acreedor puede hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio del fiador y no sobre el del deudor.

Refiere Valencia Zea que es de la esencia de la asunción de deuda que el antiguo deudor quede liberado, pues si así no fuere, no existe cesión de deuda, sino que simplemente se ha dado una garantía nueva de pago, lo que sucede especialmente en los casos en que alguien promete a un deudor cancelarle su deuda, sin el consentimiento del acreedor.

– *Diferencias entre la asunción de deuda y otras figuras.*

Resulta de interés precisar las diferencias entre la asunción de deudas y otras figuras con las que se le suele confundir. Tales son: la novación por cambio de deudor en las modalidades de delegación y expromisión, la indicación o asignación de pago, la cesión de derechos y la cesión de posición contractual.

En la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la obligación originaria se extingue por ser sustituida por otra nueva. De allí que no sea compatible con la asunción de deuda, en la que sólo se produce sustitución del deudor [56].

(56) En opinión de Jorge Eugenio Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 261.), las diferencias existentes

De Diego, citado por Castañeda [57], señala que por la asunción de deuda se da una mutación puramente subjetiva, pero se mantiene invariable la misma relación obligacional.

En lo relativo a la delegación imperfecta, impropia y no novatoria, debemos señalar que ésta se diferencia de la asunción de deuda porque mediante aquélla el acreedor adquiere un segundo deudor (además del deudor primitivo), en tanto que a través de la asunción de deuda el acreedor sólo podrá exigir su crédito al nuevo deudor.

Por otra parte, en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, un tercero asume espontáneamente, vale decir, sin encargo del deudor -a diferencia del caso de la delegación-, la obligación de pagar la deuda de otra persona al acreedor.

---

entre la novación **ex parte debitoris** y la cesión de deudas, son las siguientes:
"a) Por la novación se sustituye una deuda que muere a otra que nace. La nueva deuda trae su origen de la convención celebrada entre acreedor y deudor. En la cesión de deuda no hay extinción; es la misma obligación que se traslada del deudor cedente al deudor cesionario. Por lo mismo, esta obligación siempre procede del título constitutivo entre el acreedor y el deudor cedente;
b) Habiendo novación el derecho del acreedor deriva del contrato concluido entre el acreedor y el nuevo deudor. En la cesión de deuda el derecho del acreedor proviene del contrato celebrado entre el deudor cedente y el deudor cesionario;
c) En la novación la nueva deuda puede ser distinta de la anterior; en la cesión la deuda conserva sus mismos caracteres y virtualidades;
d) El nuevo deudor no puede oponer al acreedor las excepciones del deudor originario, lo que sí puede hacer en caso de cesión de deuda;
e) Si el nuevo deudor se incapacita o premuere en la novación antes de que el acreedor hubiere consentido en ella, no habrá novación. Por el contrario, la incapacidad sobreviniente o el fallecimiento del nuevo deudor, si sólo es cesión de deuda, es indiferente, aunque la adhesión del acreedor a la cesión se ultime después de producidos estos hechos."

(57) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 253 y siguientes.

La **expromissio** libera al deudor primitivo, si el acreedor asiente. De allí la afinidad existente entre esta figura y la asunción de deuda. No obstante, por ser la **expromissio** un supuesto novatorio no puede constituir asunción de deuda.

De otro lado, la indicación o asignación de pago constituye una figura distinta a la asunción de deuda, desde que no existe liberación del antiguo deudor, ni sustitución de deudores como en el caso de la asunción de deuda. Recuérdese que, en la indicación o asignación de pago, el tercero no se obliga con el acreedor y el deudor no se libera respecto del acreedor.

En cuanto a la nota distintiva entre la cesión de derechos y la asunción de deuda, aquél versa sobre el crédito de la relación obligatoria y puede ser impuesta al deudor (argumento del artículo 1206 del Código Civil), en tanto que la asunción de deuda versa sobre el lado pasivo o débito de la relación obligatoria y no puede ser impuesta al acreedor.

Por lo demás, la asunción de deuda también se diferencia de la cesión de posición contractual, por cuanto esta última requiere de un consentimiento tripartito -de ambas partes de la relación contractual y del tercero- (argumento del artículo 1435 del Código Civil). La asunción de deuda, en cambio, bien puede prescindir de la voluntad del deudor, ya que su validez únicamente exige el asentimiento del acreedor como **conditio sine qua non**.

Adviértase que la asunción de deuda opera mediante acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, sin necesidad de que intervenga el deudor originario; o mediante acuerdo entre el deudor y el tercero que deberá sustituirlo, pero en este último caso la asunción de deuda estipulada sólo será eficaz cuando el acreedor asienta.

Una consideración final.

La principal diferencia entre la novación por cambio de deu-

dor y la asunción de deuda versa en el efecto extintivo-creador de aquélla, y la subsistencia de la obligación primigenia y sus derechos accesorios en ésta última.

A decir de Jorge Eugenio Castañeda [58], si se concibe la cesión de deudas sin mudanza de la obligación, sin novación, subsistirán los privilegios, la cláusula penal, los derechos reales de garantía que fortalecían la obligación antes de su transporte a otro deudor, salvo que estas seguridades hubieren sido otorgadas por terceros. No habrán de subsistir, es claro, las garantías personales, como la fianza, y quizá sí debe discutirse si sobrevive o no la solidaridad.

Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda [59], expresa que la diferencia entre la novación por cambio de deudor y la transmisión de deuda se encuentra que en la novación subjetiva pasiva desaparecen todos los derechos accesorios de garantía prestados por el mismo primer deudor, y en la transmisión de deuda estos derechos de garantía se conservan, salvo que hayan sido constituidos o prestados no por el deudor, sino por terceros. Para la subsistencia de estas seguridades se necesita que los terceros consientan, lo mismo que en la novación por cambio de deudor.

Entonces, toda la utilidad que tiene la asunción está en que quedan o permanecen las garantías prestadas por el mismo deudor y en la novación no. En cambio, la delegación pasiva impropia o imperfecta, que no produce novación, es más ventajosa entonces que la misma asunción de deudas, ya que no sólo mantiene todas las garantías de la primera obligación, aun las prestadas por terceros, sino que agrega un deudor más a la obligación.

(58) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 252 y siguientes.
(59) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 252 y siguientes.

– ***La novación subjetiva por adpromisión.***

Algunos autores establecen una clasificación tripartita de la novación subjetiva por cambio de deudor. En tal sentido, estiman que además de la novación por delegación y por expromisión, existe un tercer tipo de novación, al que denominan novación subjetiva por adpromisión o, empleando el término romano, por **adpromissio**, tema que hemos mencionado en nuestro análisis del artículo 1281.

– *La novación subjetiva por adpromisión como un supuesto de expromisión simple o acumulativa.*

Así, para Alberto Trabucchi [60], en la expromisión un tercero, por iniciativa propia, asume el débito ajeno, y no se requiere, por tanto, el concurso de la voluntad del deudor originario. También la expromisión puede ser acumulativa (o simple), o bien producir la liberación del deudor; y anota que la liberación del deudor originario se produce en las dos formas de la novación (expromisión novativa) y de la sucesión particular en el débito (expromisión privativa).

Llambías [61] denomina a la adpromisión como expromisión simple, y precisa que es importante advertir que no cualquier expromisión causa la novación de la obligación primitiva, sustituyendo al deudor originario por otro deudor. Anota que, como ocurría con respecto a la delegación perfecta o imperfecta, también hay, en opinión suya, dos clases de expromisión: la expromisión simple y la expromisión novatoria.

La expromisión simple -señala- es el convenio, ya definido, que no extingue la deuda primitiva sino hace nacer, paralelamente, una segunda obligación a cargo de un nuevo deudor que versa sobre una misma y única prestación, generándose

(60) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 100 y 101.
(61) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 58 a 63.

dos ligaciones concurrentes. El acreedor puede dirigir su acción contra uno u otro de los obligados, pero el primer pago total que se efectúe agotará su crédito, pues él no tiene título para cobrar doblemente.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas [62] que, al igual que lo que sucede con la delegación, la expromisión puede ser novatoria cuando el acreedor, además de aceptar la oferta del expromitente, manifiesta la intención de liberar a su primer deudor; o acumulativa, en caso de faltar esa voluntad exoneratoria, y cuyo efecto será entonces la adición de un segundo deudor al originario, quien continuará obligado. Cabe aclarar, sin embargo, que para algunos autores en este último supuesto el tercero no sería un expromisor, sino más bien un **adpromissor**.

Sobre el tema Giorgi [63] anota que, si faltase el **animus novandi**, no se tendría ya una **expromissio**, sino una **adpromissio**, o una fianza; vale decir, no una estipulación novativa, sino la adición de un deudor nuevo al antiguo.

Recuerda Giorgi que la Corte de Bruselas ha determinado muy bien -según Laurent- que, en estos casos, no hay novación; no hay, en efecto, **expromissio**, sino más bien **adpromissio**, porque un nuevo deudor se añade al antiguo, no existiendo ni palabra de novación ni hecho que produzca lógicamente la liberación del deudor precedente.

Giorgi estima estas razones como buenas y justas, las cuales, por otra parte, no impiden que otras veces deba decidirse de un modo distinto, cuando la voluntad de liberar al primer deudor resulte cierta, aunque de manera tácita, por el acto. Así, dice Giorgi, la subrogación del deudor es la más simple de todas las figuras de la novación, porque no requiere el consentimiento del deudor, pero no por ello ofrece menores dificultades que las otras al averiguar la existencia del **animus novandi**, por parte de quien se subroga, y, sobre todo, del acreedor, que novando renuncia a la primitiva obligación.

(62) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 267.
(63) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 439, 450 y 451.

– *La adpromisión como un supuesto de novación subjetiva.*

La novación subjetiva por adpromisión es novación, porque la obligación deja de tener un deudor y pasa a tener dos, lo que equivale a decir que deja de ser una obligación de sujeto simple en la parte pasiva, para convertirse en una obligación de sujeto plural. O, siendo ya de sujeto plural en la parte pasiva de la relación obligacional, aumenta el número de deudores.

En tal sentido, la novación subjetiva por adpromisión implica la persistencia o no del mismo objeto de la obligación (la prestación), pero la adición de uno o más deudores.

Sin embargo -y como ha sido señalado-, la novación por adpromisión también podría originarse cuando no sólo se adhiera un deudor al existente en la obligación primigenia, sino cuando se sumen dos o más, o cuando preexista un número plural de deudores, independientemente de cuantos se adhieren a la relación obligacional.

El tema de la novación subjetiva por adpromisión sugiere preguntarnos ante qué figura nos encontraríamos si la parte con singularidad de personas no fuese la deudora, sino la acreedora, y, en tal circunstancia, adicionaran una o más personas en la condición de acreedoras. Aquí también habría novación, y obviamente de carácter subjetivo, pero por adhesión de uno o más acreedores a los ya existentes.

Sobre esta clase de novación no se pronuncia la doctrina. Ello no importa, pues obviamente resulta jurídica y legalmente posible.

– ***Concordancias nacionales.***

Novación, concepto, artículo 1277 del Código Civil / Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, artículo 1281 del Código Civil.

– **EFECTOS DE LA NOVACION.**

Artículo 1283.- "*En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.*

Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1283.***

Durante la época de la colonia, la Ley de las *Siete Partidas,* Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que "**Ca entonce valdria el segundo pleyto, e seria desatado el primero. E maguer este segundo que renouo el pleyto sobre si, viniesse a pobreza, de guisa que non ouiesse de que pagar la debda; con todo esso, el que la deuía auer, zon contra el primero debdor.**"

El artículo 1283 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes, sin embargo, 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*, abordó el tema en sus artículos 870: "El acreedor, que deja libre al deudor que ha hecho la delegación, no tiene recurso alguno contra él, si el delegado se hace insolvente, a no ser que la escritura contenga una reserva expresa, o que el delegado a tiempo de la delegación hubiese quebrado o hecho bancarrota."; 872: "Se trasmiten al nuevo acreedor por rigor de derecho, y mientras no se estipule otra cosa, los privilegios e hipotecas del primer crédito."; 873: "Cuando la novación se hace por substitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al substituido sino por pacto expreso."; 874: "Cuando la novación se hace entre el acreedor y uno de los deudores **in solidum**, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pueden reservarse, siempre que los coobligados no quieran entrar en la nueva disposición."; y 875: "Por la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores **in solidum**, quedan libres los coobligados, y la novación hecha en favor del deudor principal libra a los fiadores. Sin embargo, si en el primer caso el acreedor exige el consentimiento de los deudores, y en el segundo el de los fiadores, subsistirá el antiguo crédito."

Por su parte, el *Código Civil de 1852* legisló la materia en los numerales 2268: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; 2269: "En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue á ser insolvente; si no es que la sustitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo deudor, ignorándolo el acreedor."; 2270: "Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten á favor de éste, todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; y 2271: "Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior."

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el tema en los artículos 2999: "La novación no se presume: es preciso que las

partes manifiesten claramente, en la nueva convención su voluntad de novar, ó que la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Si no se manifiesta la intención de novar, se reputan coexistentes las dos obligaciónes, y la primitiva vale en la parte que no sea opuesta á la posterior, subsistiendo en esa parte los privilegios y seguridades de la obligación antigua."; 3000: "Cuando por novación entra un nuevo acreedor, subsisten á favor de éste, todas las hipotecas y demás accesorios de la obligación primitiva, sin necesidad de que así se declare en la nueva convención."; 3002: "Si en la novación se sustituye al deudor otro nuevo, quedan extinguidas las hipotecas y demás seguridades de la obligación anterior. Cuando se quiera renovarlas, deben observarse las mismas formalidades con que se constituyeron por primera vez; y producen su efecto desde la fecha de la renovación."; 3003: "En la novación, en que se pone nuevo deudor, todos los antiguos coobligados, como deudores solidarios, fiadores, ó codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, á no ser que también se obliguen en el nuevo contrato."; y 3004: "El acreedor que declare libre á su deudor primitivo, no conserva acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga después en insolvencia; salvo que en la novación se haya previsto y exceptuado este caso expresamente, ó que la insolvencia haya sido anterior y pública, ó cuando menos conocida del deudor primitivo."

• Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, se ocupaba del tema en los artículos 252: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; 253: "En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue a ser insolvente, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor primitivo al tiempo de delegar su deuda."; 254: "Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se trasmiten a favor de éste, todos los gravámenes e hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; y 255: "Si un nuevo

deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en sus artículos 240: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato."; 241: "En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue a ser insolvente; a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y no conocida del acreedor."; 242: "Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten a favor de éste, todos los gravámenes e hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; y 243: "Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y garantías de la obligación anterior."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, abordó la materia en sus artículos 1276: "En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se trasmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; 1277: "En el primer caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."; y 1278: "Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en los numerales 1287: "En las obligaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se trasmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior."; 1288: "En el primer caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."; y 1289: "Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior."

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 146: "En caso de novación por delegación, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en su artículo 138: "En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.- Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, regulaba la materia en su artículo 1301: "En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.- Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, hacía lo propio en el numeral 1250: "En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.- Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1283 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1232 -si-

milar a la primera parte del artículo 1283 Peruano-), Portorriqueño de 1930 (artículo 1160 -similar a la segunda parte del artículo 1283 Peruano-), Venezolano de 1942 (artículo 1320), Venezolano de 1880 (artículo 1221), Chileno (artículo 1642, primer párrafo), Boliviano de 1976 (artículo 354), Ecuatoriano (artículo 1685, primer párrafo), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 861, primer párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1283 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 361 y 362 -similar al primer párrafo del artículo 1283 Peruano-), Español (artículo 1206), Guatemalteco de 1973 (artículo 1479), Brasileño (artículos 1002 y 1003), Paraguayo de 1987 (artículo 604), Etíope (artículo 1827 -similar al primer párrafo del artículo 1283 Peruano-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 202, 203 y 204 -este Proyecto agrega en su artículo 202 que cuando el deudor ha delegado al acreedor un nuevo deudor, el acreedor que ha liberado al deudor por quien fue hecha la delegación no tiene recurso contra él, si el delegado deviene insolvente, a menos que el acto contenga una reserva expresa, o que el delegado haya devenido en quiebra o liquidación judicial al momento de la delegación-), Código de la Provincia de Québec (artículos 1175 y 1176), y Argentino (artículos 803: La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha.; 804: El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación.; y 816: la insolvencia del deudor substituido, no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, a no ser que el deudor substituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido.).

Por su parte, el Código Civil Francés (artículos 1276 y 1278) establece que el acreedor que haya liberado al deudor por el cual se haya hecho la delegación, no tiene repetición contra ese deudor, si el delegado resulta insolvente, a menos que el acto contenga una reserva expresa, o que el delegado se encontrara ya

declarado en quiebra o incurso en cesación de pagos en el momento de la delegación; y agrega que los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pasan al que lo haya sustituido, a menos que el acreedor se lo hubiera reservado expresamente.

Los Códigos Hondureño de 1906 (artículo 1485) y Panameño (artículo 1092) prescriben que la insolvencia del nuevo deudor, aceptada por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 586) agrega que la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no valen, cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros que no accedan expresamente a la segunda obligación. Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación sea más gravosa que la primera.

El Código Civil Boliviano de 1831 (artículos 870, 871 y 872), a su turno, dispone que se transmiten al nuevo acreedor, por rigor de derecho y mientras no se estipule otra cosa, los privilegios e hipotecas del primer crédito; y que, cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido ni por pacto expreso.

El Código Egipcio (artículo 252), finalmente, establece que la nueva deuda no goza de las garantías que aseguraban el pago de la antigua deuda.

– ***Análisis.***

– ***El principio general.***

El primer parágrafo del artículo 1283 del Código Civil Peruano, bajo comentario, estatuye que en la novación, salvo pacto en contrario, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación primitiva. Si por la novación se extingue la obligación primigenia, parece coherente que dicha extinción determine la de

sus accesorios, tal como lo predica la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica.

Al comenzar el estudio de este tema debemos reparar, sin embargo, en que todos los conceptos se han desarrollado usualmente sobre la novación voluntaria, lo que ha determinado, a su vez, las salvedades que oportunamente efectuamos respecto a la novación legal.

A decir de Joaquín Martínez Alfaro [1], la extinción de la obligación primitiva es causa del efecto de extinguir las obligaciones que son accesorias a la primitiva, como la fianza, prenda e hipoteca, extinción que se opera en virtud del principio de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Salvat, citado por Manuel Borja Soriano [2], expresa, en lo relativo a la extinción de la obligación principal, que éste es uno de los efectos propios de la novación, y respecto a la extinción de los accesorios y obligaciones accesorias, que ella es una consecuencia lógica de su propio carácter: los accesorios y las obligaciones accesorias siguen la suerte de la obligación principal y, en consecuencia, extinguida ésta, aquéllos debían quedar también extinguidos [3].

---

(1) MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit., Página 340.
(2) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 622.
(3) El artículo 803 del Código Civil Argentino, primera parte, establece, tal como antes lo señalamos, lo siguiente: "La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias."
Sobre el particular, anota Boffi Boggero (BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 338.) que este precepto se explica en principio por sí mismo; la extinción de la obligación primitiva es una de las consecuencias de la novación y la extinción de los accesorios y las obligaciones accesorias consecuencia de aquélla.
Añade Boffi Boggero que la ley argentina ha entendido de conveniencia distinguir entre los accesorios y las obligaciones accesorias, separados ahora como dos especies.
Precisa Salvat, citado por Borja Soriano (BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 622.), que la ley argentina al referirse a la extinción de la obligación principal con sus accesorios alude, por ejemplo, a los privilegios que correspondieran a la obligación: los intereses debidos, los cuales quedarían extinguidos conjuntamente con el

A nuestro entender, y tal como lo hemos manifestado, el principio previsto por el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil Peruano resulta lógico como regla general. En ello, además, convienen la doctrina y legislación comparadas.

Sin embargo, es indispensable hacer referencia a diversas figuras jurídicas que, si bien ratifican la regla general expuesta, revelan que dicho principio no es absoluto.

– ***Estudio de los diferentes supuestos de novación y la extinción de las garantías.***

Consideramos que más allá de lo normado por el precepto bajo análisis, precisa estudiarse cada una de las hipótesis posibles, combinando, para ello, las diversas clases de novación con los diferentes tipos de garantías y personas o partes que las hubieran concertado.

En tal sentido el marco legal peruano prevé doce supuestos distintos, los mismos que pasamos a examinar.

(1) *Novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor.*

Este sería el caso en que el deudor hubiera otorgado, en seguridad del cumplimiento de la prestación debida, garantía real (hipoteca, prenda o anticresis) sobre un bien de su propiedad.

En esta hipótesis, la circunstancia de que las referidas garantías no se transfieran a la nueva obligación, tendría como primer fundamento la regla general del primer párrafo del artículo 1283.

---

capital. La ley habla igualmente de la extinción de las obligaciones accesorias, como pueden ser: la obligación derivada de la existencia de una cláusula penal, la fianza, la prenda, la hipoteca, etc.

Pero, adicionalmente, serían de aplicación el artículo 1122, inciso 1, del Código Civil, al ordenar que la hipoteca se acaba por extinguirse la obligación que garantiza; el artículo 1090, inciso 1, al prescribir que la prenda se acaba por extinción de la obligación que garantiza; y el artículo 1096, al disponer que la anticresis se rige por las reglas establecidas para la prenda, en lo que no se opongan a las consignadas en el título de la anticresis, razón por la cual resultaría de aplicación el artículo 1090, inciso 1, antes citado.

Si bien es cierto que, dentro de nuestro ordenamiento legal, la extinción de las garantías tiene en este supuesto fundamento jurídico (incluso dentro del ámbito de los Derechos Reales), consideramos que habría una hipótesis en la cual dicha tesis carecería de lógica. Nos referimos a la novación objetiva que pudiera generarse con motivo de una reducción sustancial del monto de la prestación originalmente convenido [4], caso en el que sería a todas luces injusta la extinción de la garantía real.

No obstante la solidez de ese principio, el mismo no dejaría de ser una elaboración teórica, pues no podría primar contra la concepción general que acoge el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil.

---

(4) Adviértase que este supuesto novatorio se configuraría únicamente cuando acreedor y deudor acordaran sustituir o cambiar el monto de la deuda, reduciéndolo, por otro radicalmente distinto.
Ellos nos obliga a aclarar que el pago parcial de una obligación no constituye novación. Si bien es cierto que dicho pago ocasiona variaciones en el monto de la prestación originalmente convenida, también lo es que tales variaciones se producen por efecto de la amortización parcial de la deuda y no en virtud de un acuerdo novatorio. Más aun, el cumplimiento parcial de la prestación -autorizado por mandato de ley o por el contrato- extingue sólo parte de la obligación debida; no extingue la totalidad de la obligación primitiva, ni crea otra nueva. De allí que el pago parcial de una obligación no genera consecuencias novatorias.

(2) *Novación objetiva con garantía real otorgada por un tercero.*

La extinción de la garantía se justifica en este caso en virtud de similares consideraciones que las prevista en el acápite (1) que antecede, y en el principio **res inter alios acta**, consagrado por nuestra legislación civil en el artículo 1363 del Código, norma según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

En lo relativo a la aplicación del principio general a este supuesto, no tendríamos observación alguna que formular.

(3) *Novación objetiva con garantía personal otorgada por un tercero.*

De producirse un caso de novación objetiva, la extinción de la garantía personal otorgada por un tercero tiene como fundamento legal la tesis prevista por el artículo 1283 y el principio **res inter alios acta** establecido por el numeral 1363, antes citado.

(4) *Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por el propio deudor.*

La extinción de la garantía, en el supuesto bajo análisis, halla su fundamento en lo prescrito por el artículo 1283 (principio general) y en los numerales 1122, inciso 1 (para el caso de la hipoteca), 1090, inciso 1 (para el caso de la prenda) y 1096 y 1090, inciso 1 (para el caso de la anticresis).

Esta hipótesis novatoria es -a decir verdad- una en la cual pueden surgir las mayores dudas y cuestionamientos, en el sentido de que si, más allá de los principios legales del Derecho de Obligaciones y de los Derechos Reales que la sustentan, la misma es razonable.

En la novación subjetiva por cambio de acreedor, el objeto

(la prestación) sigue siendo exactamente el mismo, y ocurre lo propio en relación con el deudor (obligado), quien permanece en tal condición en la nueva relación obligacional. Esta era, sin duda, la razón por la cual el Código Civil de 1936 establecía en el artículo 1287 -segunda parte- que tratándose de la novación por cambio de acreedor, las garantías de la obligación anterior se trasmitían al nuevo acreedor.

De otro lado, aquí no nos encontramos en presencia de garantía alguna que haya sido prestada por terceros, de modo tal que el acuerdo novatorio no lesiona el principio contenido en el artículo 1363 del Código Civil (**res inter alios acta**).

De lo expuesto puede deducirse con claridad que hubiese resultado aconsejable mantener con variantes la excepción establecida por el Código de 1936, preservando en la nueva obligación, en la que sólo cambia la persona del acreedor, la garantía real otorgada por el deudor.

Tal vez sea este precepto el que determina, para los casos en que el deudor no quiera trasladar las garantías reales a la nueva obligación, que el acreedor y el tercero que lo sustituye opten por la cesión de derechos, esto es, por cambiar a la persona del acreedor en la misma obligación.

(5) *Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por un tercero.*

La intrasmisibilidad de las garantías de la obligación originaria a la nueva tiene como razón, en el supuesto bajo análisis, lo previsto por el principio general del artículo 1283 y lo prescrito por el numeral 1363, que recoge el principio **res inter alios acta**.

(6) *Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía personal otorgada por un tercero.*

Los fundamentos en este caso son los mismos que los anotados como sustento del acápite (5) que antecede.

(7) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por el propio deudor.*

Esta hipótesis encuentra su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como en los numerales antes citados, esto es en los artículos 1122, inciso 1, 1090, inciso 1, y 1096 del Código Civil, y en el principio consignado por el artículo 1363, en el sentido de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos. Por lo demás, podría afirmarse que en este supuesto el nuevo deudor es una especie de "tercero" en relación con el deudor originario (ex-deudor).

Sin embargo, precisa recordarse que en el segundo párrafo del artículo 1283 se establece que, en la novación por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda -supuesto del que trataremos más adelante-.

(8) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por un tercero.*

La intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación, tiene como fundamento -en el supuesto bajo comentario- el precepto general establecido por el artículo 1283 del Código Civil y las disposiciones de los numerales 1122, inciso 1, 1090, inciso 1, y 1096 del Código Civil, así como el principio **res inter alios acta** contenido en el artículo 1363 del propio Código.

(9) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía personal otorgada por un tercero.*

Este supuesto tiene sustento en la regla general del artículo 1283 y, además, en el principio contenido en el numeral 1363 del Código Civil.

(10) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por el propio deudor.*

La intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación tiene su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil y en los ya citados numerales 1122, inciso 1, 1090, inciso 1, y 1096 del mismo Código.

Por otra parte, el principio **res inter alios acta** del artículo 1363 del Código Civil resulta aplicable, por excelencia, al caso analizado, ya que incluso la novación podría haber operado en contra de la voluntad expresa del deudor. Recuérdese que, en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, el acreedor prescinde de la voluntad del deudor, bastando para que ella se produzca el acuerdo entre el acreedor y un tercero que desee ocupar el lugar del deudor.

(11) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por un tercero.*

Los argumentos que sustentan este supuesto novatorio, en relación con la extinción de las garantías, son los mismos que anotamos en el acápite (10) que antecede, con el fundamento adicional de que no sólo se está prescindiendo de la voluntad del propio deudor, sino de los terceros que han otorgado garantía real, tesis que hace aplicable con mayor vigor el principio **res inter alios acta**.

(12) *Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía personal otorgada por un tercero.*

El sustento de la intrasmisibilidad de las garantías, en el caso que nos ocupa, está dado por el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como por lo dispuesto en el numeral 1363, antes comentado.

– Posibilidad de pacto en contrario sobre la extinción de las garantías.

De acuerdo con lo establecido por la parte final del primer párrafo del artículo 1283, el principio general de que en la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida admite pacto en contrario.

En tal sentido, la solución legal peruana concuerda con la opinión de la doctrina consultada.

Así, Héctor Lafaille [5] sostiene que, por razones prácticas, el Derecho, desde muy antiguo, admitió que se pudieran conservar las garantías de la obligación originaria por mención de un pacto expreso. Por ejemplo, en el caso de un prestamista que ha anticipado dinero con garantía pignoraticia sobre una serie de mercaderías, si se produce novación el acreedor puede reservarse el derecho de prenda con sólo declarar que no consiente la novación sino bajo esa condición.

Por su parte, Manuel Borja Soriano [6] señala que, en el Código del Distrito Federal de México -al que venimos denominando Código Mexicano-, existe un precepto (el numeral 1884) que permite a las partes apartar el efecto extintivo de los accesorios. Las garantías, como son los privilegios y las hipotecas adheridos al crédito antiguo pueden, pues, reanudarse al nuevo crédito por una cláusula especial y conservan entonces todo su valor. No son seguridades nuevas que se constituyen, sino las antiguas seguridades que, tales como eran, se trasladan a la nueva obligación, que son como trasplantadas, tal como dice Josserand. Esta reserva debe ser contemporánea de la novación, pues de otra manera los privilegios y las hipotecas del antiguo crédito serían extinguidos definitivamente por la novación y no podría ya ser cuestión de hacerlos revivir para garantía de la nueva.

---

(5) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Página 348.
(6) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 623.

– ***Modo en que debe formularse el pacto en contrario.***

El Código Civil Peruano guarda silencio, en el precepto que estamos comentando, respecto al modo en que debe formularse el pacto en contrario.

Por nuestra parte pensamos que dicho pacto, dada la importancia de su contenido y singularmente lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, debe constar en forma expresa.

En efecto, si bien el precepto citado admite la manifestación de voluntad expresa o tácita, él señala que esta última forma se descarta cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario, supuesto este último que es el previsto por la norma bajo análisis.

Según Borja Soriano [7] la reserva de que se trata no es eficaz si no es expresa. Sin embargo, la ley no prescribe términos sacramentales. Todo lo que es necesario es que esta reserva se formule en el acto mismo de la novación. La necesidad de una reserva expresa existe para toda especie de novación, trátese de novación objetiva o subjetiva.

Agrega dicho autor que, si el legislador ha admitido esta excepción, es por razones de utilidad práctica: ha pensado que era de naturaleza de facilitar los negocios. Por otra parte, Borja Soriano apunta que no obstante esta reserva, la posición de los otros acreedores hipotecarios -como lo hace notar Bigot-Prèameneu- queda la misma; ellos no tienen derecho, porque no tienen interés para oponerse a la reserva, como anotan Baudry-Lacantinerie y Barde.

El citado profesor mexicano añade que en vista de lo expuesto, los acreedores que quieran conservar las garantías de su crédito, al consentir en una novación, deben tener el cuidado de hacer la reserva de que hemos venido hablando.

---

(7) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 623.

– ***Otras consideraciones sobre el pacto en contrario.***

A entender de la doctrina consultada, existirían determinados supuestos de excepción para que se trasmitan a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, dentro de las modalidades y características que a continuación analizamos.

G. Marty [8], por ejemplo, indica que no siempre será posible la reserva de las garantías. Lo será si el mismo deudor queda sujeto a la nueva obligación y si las garantías recaen sobre los bienes de ese mismo deudor.

En cambio, a decir de Marty, surgen dificultades en los dos casos siguientes:

– *Cuando un nuevo deudor sustituya al anterior.*

  En este supuesto resulta evidente que las garantías no se trasmiten de pleno derecho sobre los bienes del nuevo deudor; por otra parte, si el acreedor desea reservarse el beneficio de las garantías que recaen sobre los bienes del deudor anterior, se requerirá del asentimiento de este último.

– *Cuando las garantías no recaen sobre los bienes del deudor, sino de un tercero.*

  Es este el caso de un tercero garante real o personal, o codeudor solidario. El tercero sólo se obliga a garantizar el pago de la primitiva deuda. Si ésta se extingue, queda liberado. Para que garantice la nueva deuda, no basta la reserva del acreedor; es necesario que el tercero dé su asentimiento.

En este mismo sentido, Borja Soriano [9] manifiesta que si la reserva tiene relación con un tercero, es también necesario el

---

(8) MARTY, G. Op. cit., Tomo II, Páginas 209 y 210.
(9) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 624.

asentimiento de éste; y cita las expresiones del tratadista español García Goyena cuando señala que ello será así, "por ejemplo, en la fianza o hipoteca dada por un tercero, pues los pactos sólo aprovechan y dañan a los contrayentes y sus herederos."

Borja Soriano agrega que el Código Civil del Distrito Federal de México contiene el artículo 2221, norma que establece lo siguiente: "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a tercero que no hubiere tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador". También recuerda la explicación de Salvat: "Por una parte, la novación, cualquiera sea su clase, implica la alteración de la primitiva obligación, alteración que no puede ser invocada contra el tercero, que ha quedado extraño a ese acto; la novación es para él **res inter alios acta**. Por otra parte, en el caso de novación por cambio de deudor, el tercero puede haber querido garantizar la obligación del primitivo deudor de cuya solvencia está informado y a quien le unen -quizá- vínculos de parentesco, de amistad o de negocios; pero no estar dispuesto a garantizar la obligación del tercero, que puede ser para él un desconocido."

Dentro del mismo orden de ideas, Héctor Lafaille [10] es muy explícito al sostener que si la fianza, o la prenda o la hipoteca son dadas por un tercero, entonces la ley no puede admitir que por una simple manifestación del acreedor, sin asentimiento de quien dio la garantía, se puedan cambiar las posiciones de las partes. De ahí que el Código Civil de su país, esto es, el Argentino, disponga que el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación (artículo 804).

Sobre el tema de las garantías prestadas por terceros, los

(10) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Página 348.

Mazeaud [11] expresan que el Código Civil Francés no alude al consentimiento del propietario de los bienes gravados con hipoteca; y se plantea la cuestión de determinar si pueden las partes, sin que sepa el propietario de un bien hipotecado en garantía de la obligación antigua, afectar esa hipoteca como garantía de la obligación nueva nacida de la novación. Según los Mazeaud, el silencio de los redactores del Código Civil Francés no podría ser invocado a favor de la afirmativa, porque Pothier estimaba necesario el consentimiento del propietario del bien hipotecado.

Consideran los profesores citados que la solución carece de dudas cuando no es el deudor, sino un tercero, el que ha constituido la hipoteca, al convertirse así en garante real del deudor, preguntándose cómo cabría prescindir de su asentimiento, interrogante frente a la cual señalan que el que hipoteque para garantizar la deuda de Pablo, se negaría a ello como seguridad de la deuda de Santiago. Y se cuestionan también qué decidir en la situación más corriente, aquella en la cual el mismo deudor haya hipotecado uno de sus bienes; a esto responden que se sabe que la novación por cambio de deudor puede tener lugar aun ignorándolo él, y se preguntan si resulta posible entonces conservar la hipoteca sin que aquél asienta en ello, observando que no deberá sufrir por la situación, pues en la hipótesis más desfavorable estaría obligado tan sólo al pago de lo que debe. Sin embargo, parece preferible, siguiendo la tradición del antiguo Derecho, decidir que es necesario el consentimiento del antiguo deudor para el mantenimiento de la hipoteca, pues, en efecto, si el consentimiento del antiguo deudor no se exige en la novación, obra a su respecto como lo haría un pago efectuado por un tercero, haciendo falta, además, que ese pago sea liberatorio, y el deudor cuyos bienes continuarán gravados pese a la novación, no quedaría liberado. Los Mazeaud finalizan afirmando que todo será así, salvo convención especial.

En tal sentido, Boffi Boggero [12] anota que se tiene un caso

(11) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Páginas 467 y 468.
(12) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 338 y 339.

típico de excepción en la norma del artículo 803, segunda parte, del Código Civil Argentino, que dice textualmente: "El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva", precepto que reaparece después en materia hipotecaria, a través del artículo 3190, al prescribir lo siguiente: "Si el acreedor, novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continúa garantizando la nueva obligación".

Señala Boffi Boggero que, como no se trata, en el caso de hipotecas, de una nueva sino de la anterior que subsiste a pesar de la novación, es innecesario otro asiento registral, siempre -claro está- que opere sobre los mismos bienes. Y agrega que la reserva debe ser expresa, sin necesidad de palabras solemnes, y anterior o simultánea a la novación, porque, si no, se trataría de reservar accesorios extinguidos con la extinción ya operada en la obligación principal.

Precisa Boffi Boggero que, ello sentado, corresponde ahora encarar uno de los temas más debatidos en la materia: el referente a la necesidad o no de que la reserva cuente con la intervención de la persona a cuyo respecto se hace. Recuerda que el artículo 803 del Código Civil Argentino, en su parte tercera y última dice: "Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha".

A entender de Boffi Boggero, dicha norma, así de escueta, no aparece recortada con la suficiente claridad, pero responde a un debate doctrinario que tuvo por escena a Francia. No obstante que el artículo 803 del Código Argentino reconoce como fuentes francesas a los artículos 1278 y 1281, el artículo 1279 del Código Francés, en su antigua versión hoy modificada por el artículo 46 de la ley N° 71-579 de 16 de julio de 1971, decía expresamente: "Cuando la novación tiene lugar por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos de la acreencia no pueden pasar sobre los bienes del nuevo deudor". En este sentido Boffi Boggero recuerda que Pothier interpretaba un pasaje romano, cuando sostenía que la traslación hipotecaria necesitaba el asentimiento del dueño de los bienes gravados, incluso en el caso de expromisión, o sea que, aun cuando no se necesitara la anuencia del deudor primitivo, siempre se le requeriría en esta hipótesis. Esta tesis tuvo importantes adhesiones doctrinarias, pero la posición contraria terminó por prevalecer, analizando el antecedente romano referido, por atribuir a este texto el exclusivo sentido de exigir la simultaneidad de novación y reserva, y también porque el acreedor puede no liberar al deudor y, entonces, con más razón, puede lo menos: liberarlo y retener las garantías. Así se explica que Vélez Sarsfield se hubiera inclinado por esta última posición. Pero Boffi Boggero se pregunta si puede mantenerse la garantía en caso de que el monto de la nueva obligación sea superior; según él, es evidente que no: sólo hasta la concurrencia con la anterior, porque de lo contrario se perjudicaría a terceros; y esto, por otra parte, no afecta de manera alguna a las nuevas garantías con que pueda contar la obligación actual.

Boffi Boggero se pregunta, además, si es posible la reserva mencionada en caso de que los bienes gravados pertenezcan a terceros. Señala que el artículo 804 del Código Civil Argentino dispone expresamente lo contrario: "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación", norma que Boffi Boggero considera como técnicamente innecesaria, porque la solución surge ya de los principios generales que resguardan los derechos de terceros; y, con todo, la proximidad de la norma anterior, esto es del artículo 803, hace que represente utilidad la presencia de este texto.

– ***Supuesto de excepción en el cual el deudor primitivo y sus garantes continúan obligados.***

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1283 del Código Civil, bajo estudio, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso

de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

Como se desprende de dicha norma, ella establece dos supuestos en los cuales el deudor primitivo y sus garantes responden del cumplimiento de la obligación novada. Se trata, en el primer caso, de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, en que la insolvencia del nuevo deudor (el deudor sustituyente) hubiese sido anterior y de conocimiento público al efectuarse la delegación; o, en el segundo caso, conocida por el deudor sustituido con anterioridad o coetáneamente al tiempo en que delegó su deuda.

El supuesto previsto por el Código con las palabras "anterior y pública" corresponde a que el acreedor habría incurrido en error; y el supuesto de la expresión "conocida del deudor", significaría que éste procedió dolosamente. En suma, aquí se sancionan el error y el dolo.

El Doctor León Barandiarán [13], refiriéndose al primer supuesto, expresa lo siguiente: "Se ha reputado que el acreedor al liberar al antiguo deudor, presuntamente debió condicionar tal liberación a la seguridad de poder ser pagado por el nuevo deudor. Si éste, pues, se hallaba en estado de insolvencia, el acreedor podría accionar contra el deudor delegante. El delegatario obró bajo error. De aquí que se exija que la insolvencia sea anterior al acto novativo, pues es inadmisible que la insolvencia del sustituto que se produzca posteriormente al acto novatorio, se vea reflejada contra el deudor primitivo. Esto último, desde luego, sin perjuicio de que expresamente se estipule que el acreedor se reserva el derecho de accionar contra el primitivo deudor, si el nuevo deudor cae posteriormente en insolvencia."

Y León Barandiarán agrega, estudiando el segundo supuesto, "lo que importa es otra circunstancia fundamental, que sea causa directa de responsabilidad del delegante. Tal, la mala fe del

(13) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 466 y 467.

mismo, consistente en el conocimiento que tuviera de la insolvencia del deudor".

– ***El caso de los privilegios***.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1283 del Código Civil, debemos pronunciarnos sobre el tema de los privilegios.

Entendemos que los privilegios -jurídicamente hablando- son gracias o prerrogativas concedidas por la ley, que exceptúan o liberan a alguien de una carga o gravamen o conceden una exención o prioridad de que no gozan otros.

El artículo 1283 no hace referencia a la extinción de los privilegios como uno de los efectos de la novación. Esta circunstancia determina que nos preguntemos si ellos se extinguen, necesariamente, con la novación, o si cabe el pacto en contrario.

Se trata de un tema sobre el cual la doctrina es lacónica.

Refiere Boffi Boggero [14] que en cuanto a la posibilidad de que se mantenga el privilegio (instituto nacido de la ley) por decisión del acreedor, resulta difícil a la doctrina explicar la solución legal, habiéndose pensado más bien en razones de índole práctico que facilitan la operación, y dejan enteros e intactos los derechos de terceros; e incluso se ha apelado a la subrogación real, para explicar teóricamente la solución.

Por nuestra parte, consideramos que al consignarse los privilegios en normas de carácter restrictivo y para determinados supuestos, si éstos desaparecen (en nuestro caso por extinción de la obligación), evidentemente aquéllos (los privilegios) seguirán igual suerte.

(14) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 338 y 339.

Afirmar lo contrario resultaría insostenible, toda vez que supondría la aplicación por analogía de la norma restrictiva que los otorga, lo que, como sabemos, no resulta posible en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de lo establecido por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

– ***Concordancias nacionales.***

Novación, concepto, artículo 1277 del Código Civil / Novación objetiva, artículo 1278 del Código Civil / Novación subjetiva por cambio de acreedor, artículo 1280 del Código Civil / Novación subjetiva por delegación, artículo 1281 del Código Civil / Novación subjetiva por expromisión, artículo 1282 del Código Civil.

– NOVACION DE OBLIGACIONES SUJETAS A CONDICION SUSPENSIVA.

Artículo 1284.- "*Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.*

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1284.***

En la legislación colonial, la Ley de las *Siete Partidas,* disponía en la Ley 15, Título XIV, Partida Quinta: "**Si la condición non se compliesse, entonce fincaria firme el primero pleyto, e seria tenudo de lo cumplir el debdor que lo auía fecho; e non valdria el renouamiento del segundo pleyto.**" Y la Ley 16, Título XIV, Partida Quinta, agregaba que "**Fueras ende, si quando la renouasse assi dixesse paladinamente, que maguer non cumpliesse la condición que era puesta en el primero pleyto; que se obligaua a pagar la debda, este que de nueuo la prometio. Ca entonce, quier se cumpliesse la condición, o non, valdria el segundo pleyto, e seria tenudo de pagar la debda, el que lo fiziesse, e seria desatado el primero.**"

El artículo no registra antecedentes, sin embargo, 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*, constituye el primer cuerpo normativo que reguló la materia, habiéndolo hecho en el artículo 3008: "Si la obligación primitiva es pura, y la nueva tiene condición suspensiva, o viceversa, no hay novación, mientras la condición no se cumple. Si la condición no se cumple, o si antes de cumplirse, se extingue la obligación primitiva, tampoco hay novación, salvo que al contraer la obligación posterior se convenga en que desde luego la anterior quede extinguida."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordó el tema en los artículos 260: "Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario."; y 261: "Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en los artículos 248: "Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario."; y 249: "Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba la materia en su artículo 1282: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el artículo 1293: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto 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*, preveía en su artículo 144 lo siguiente: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, hacía lo propio en el numeral 139: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura."

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, se ocupó de la materia en el artículo 1302: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en el artículo 1251: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerda con el artículo 1284 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Chileno (artículo 1633).

El Código Civil Mexicano (artículo 2216) establece que aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 585) prescribe que si la antigua obligación es pura y la nueva depende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva, y la nueva es pura,

no hay novación, mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a faltar o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación. Con todo, las partes, al celebrar el segundo contrato, pueden convenir en que la primera obligación quede abolida del todo, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente.

El Código Civil Uruguayo (artículo 1529), en fin, dispone que cuando una de las dos obligaciones, la antigua o la nueva, pende de una condición suspensiva, y la otra es pura, no habrá novación mientras esté pendiente la condición, o si ésta llegase a faltar o si antes de su cumplimiento se extinguiese la obligación antigua.

– ***Análisis.***

El artículo 1284 del Código Civil rige los casos de novación en las obligaciones sujetas a condición suspensiva.

Los supuestos son los siguientes:

(a) *Novación de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva.*

Cuando una obligación pura y simple se sustituye por otra sujeta a condición suspensiva se configura un supuesto de novación objetiva. No obstante, el efecto extintivo-creador de obligaciones de dicha novación no se verifica en tanto la condición no se cumpla, ya que esta última afecta también a la novación.

Debe recordarse que la condición supone un acontecimiento incierto y extraño a la esencia del acto jurídico, que, incorporado a éste, por acuerdo de partes, impide o resuelve su eficacia hasta su cumplimiento. La condición se perfila así como un elemento accidental que obsta la eficacia de un acto jurídico [1].

(1) Fernando Vidal Ramírez (VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Páginas 454 y 455.) señala que la condición es un hecho futuro e incierto del cual las partes deciden hacer depender los efectos del acto jurídico que han celebrado.
Guillermo Lohmann (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Páginas 292 y 293.) afirma que tradicionalmente se ha enseñado como condición la determinación accesoria de voluntad que hace supeditar el nacimiento o extinción de los efectos de un negocio a un cierto acontecimiento futuro e incierto. Esta definición, sin embargo, no es satisfactoria, ya que por un lado, no precisa que la condición puede repercutir en todos o algunos efectos típicos del negocio en cuestión o a los diseñados por los interesados y, de otro, para nada alude a la posibilidad de supeditar la producción o extinción de efectos a un evento subjetivamente incierto, ya ocurrido o en proceso de realización, pero desconocido para los agentes.
Por último, en opinión de Lohmann, dicha definición no describe el evento que hace insegura la eficacia o la resolución del negocio, pues también se designa por condición el hecho que imprime vigencia o fin a los efectos.

De acuerdo con el artículo 1284, bajo análisis, sólo habrá novación si se cumple la condición suspensiva a que se halla sujeta la nueva obligación.

A nuestro modo de ver, en este caso la novación es incierta en su eficacia, mas no en su existencia [2].

Al analizar los requisitos de la novación enunciamos como uno de ellos a la creación de una nueva obligación que sustituye a otra preexistente [3].

Cuando la nueva obligación se sujeta a una condición

(2) Ello obedece a que la condición afecta la eficacia de un negocio jurídico y no su existencia.
Al respecto, Guillermo Lohmann (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 294.) anota que consecuencia de esto es que el derecho existe desde la celebración del negocio, aunque con incerteza sobre su exigibilidad. El acreedor de la prestación es verdaderamente tal desde el principio. Si la condición se realiza, la acreencia se purifica y consolida; no es que la otra parte resulta deudora como consecuencia de haber ocurrido el evento condicionante, sino que lo fue desde el inicio, aunque sólo viene obligada a cumplir una vez producido el evento o suceso señalado como condición.

(3) Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos con ocasión del análisis del artículo 1277 del Código Civil.

suspensiva, dicha exigencia es satisfecha. No obstante, la ley civil peruana considera que, si bien existe otra obligación, resulta razonable y equitativo que la novación opere sólo si la condición se cumple, esto es, si la nueva obligación es exigible, porque antes de tal cumplimiento ella es ineficaz.

Así las cosas, es claro que si la condición se verifica, la novación origina efectos.

En atención a las normas que rigen la condición, precisa aclararse que, una vez cumplida ésta, la novación no surte efectos de manera retroactiva, esto es, a la fecha de su celebración. Ello, sin embargo, podría ocurrir si los contratantes prevén una disposición contraria a la regla consignada en el artículo 177 del Código Civil [4].

De lo expuesto se infiere que la novación genera efectos desde la fecha en que se cumple la condición.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 1284, bajo comentario, no es una norma imperativa que regule principios o valores de orden público. Por esta razón, el propio texto del precepto citado reconoce poder normativo a la voluntad privada, permitiendo el pacto en contrario [5].

Cazeaux y Trigo Represas [6] enseñan que las partes pueden acordar válidamente que la novación se tenga por operada independientemente del cumplimiento o fracaso de la condición, en cuyo caso la sustitución de una obligación por

(4) El artículo 177 del Código Civil prescribe que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.
(5) Cuando los contratantes estipulan la novación previendo una disposición en contrario a la norma analizada, el acuerdo novatorio producirá efectos con alcance retroactivo, esto es a partir de la fecha de su celebración u otra que los contratantes hubiesen designado. Este, sin duda, constituirá un convenio de carácter aleatorio.
(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 251 y 252.

otra será definitiva cualquiera fuese la suerte ulterior del nuevo vínculo **sub conditione**.

La doctrina considera a este acuerdo novatorio como un contrato aleatorio, toda vez que se cambia algo cierto por algo incierto e hipotético.

En este sentido, Laurent [7] anota que si la novación opera incluso cuando llegara a fracasar la condición, nos encontraríamos ante un contrato aleatorio en el que cada una de las partes puede ganar o perder, según se cumpla o no la condición.

Ahora bien, además del supuesto previsto por el artículo 1284 del Código Civil, que señala claramente que la sustitución de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva sólo genera efectos novatorios si se cumple la condición, existen otros casos, que seguidamente citamos, en que la nueva obligación tampoco produce tales efectos.

– *Cuando la condición suspensiva es ilícita.*

La ilicitud, dice Lohmann [8], viene dada por contrariarse normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres o cuando la disposición sirva de medio para eludir la aplicación de normas imperativas (fraude a la ley). En tal sentido, son condiciones ilícitas las que se establezcan vulnerando normas imperativas, contra las que no se admite el pacto en contrario, entre las que se encuentra aquella que prohíbe estipular en contra de leyes de orden público o de las buenas costumbres.

Por ello, si un acreedor conviene con su deudor en novar la obligación pendiente de pago por otra, a condición de que

(7) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 267.
(8) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 305.

este último secuestre a un tercero, por ejemplo, aun cuando se verifique la condición, no habrá novación.

– *Cuando la condición suspensiva es física o jurídicamente imposible.*

La condición presenta imposibilidad física cuando las leyes de la naturaleza impiden cumplirla. Ello ocurre, por ejemplo, si Pedro conviene con Carlos en novar su deuda por otra distinta, a condición de que se produzca una tormenta de nieve en Lima.

De otro lado, la condición revestirá imposibilidad jurídica cuando, siendo físicamente posible, el medio empleado no es el previsto por el ordenamiento jurídico para obtener el fin que se desea. Si "A", por ejemplo, conviene con "B" en novar su deuda por otra, a condición de que "B" acepte en darse por adoptado en ese mismo instante.

Recuérdese que la imposibilidad puede ser total o parcial, sobreviniente o transitoria, objetiva o subjetiva, y que, en consecuencia, deberá analizarse en cada caso en particular.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios anotados al estudiar la teoría general de las obligaciones [9].

– *Cuando la condición, a pesar de verificarse, no se considera cumplida.*

Si la condición se hubiere verificado por la mala fe de quien se beneficia con su cumplimiento, aquélla se tendría por no cumplida, de suerte que, si este fuere el caso, no habría novación.

(9) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 146 y 147.

– *Cuando la condición es potestativa.*

Según criterio generalizado en la legislación y doctrina, la condición potestativa determina la nulidad del acto cuando el cumplimiento de la condición depende de la persona a quien éste favorece.

En consecuencia, el acuerdo novatorio sería nulo si el acaecimiento de la condición a que se sujetó la nueva obligación depende únicamente de la voluntad del deudor.

En este sentido, el artículo 172 del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

– *Cuando la condición se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil).*

(b) *Novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple.*

Cuando analizamos los requisitos de la novación señalamos como uno de ellos a la preexistencia de una obligación válida. Esta exigencia se cumple aun si la obligación primigenia que se pretende novar se halla sujeta a una condición suspensiva. Por ello, la doctrina admite que puede novarse válidamente una obligación condicional por otra pura y simple.

En tal sentido, François Laurent [10] afirma que se puede novar una deuda condicional, pues ésta existe.

Los Mazeaud [11] señalan que una obligación condicional,

(10) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 267.
(11) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 463.

aunque eventual, puede ser objeto de una novación si las partes han querido entregarse a una operación aleatoria.

Para Huc [12], una obligación pura y simple puede novar una obligación condicional, pues existe dicha obligación. Pero agrega que, si se cumple la condición, ésta tiene efecto retroactivo, y si no se cumple, nunca hubo obligación, y por lo tanto no hay novación.

Por nuestra parte, discrepamos de estas últimas expresiones, pues no auspician la novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple, sino hasta el momento en que se verifique la condición, ya que en este caso la obligación existe y las partes, mediante una operación aleatoria según los Mazeaud, la extinguen para dar paso a una obligación pura, con plena eficacia, que la sustituye de manera definitiva.

No obstante lo expuesto, el segundo parágrafo del artículo 1284, bajo comentario, dispone que si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura, sólo operaría la novación si se cumple la condición suspensiva, solución con la que -ya lo hemos dicho- discrepamos.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1284.***

Artículo 1284.- "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Regla inversa se aplica si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura."

---

(12) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 141 y 142.

– ***Fundamento.***

Si la primera obligación estuviese sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura y simple, no habría razón alguna para que no opere la novación, ya que se estaría variando algo incierto por algo cierto y eficaz (la nueva obligación pura y simple), lo que debe ser auspiciado por el Derecho. Si la nueva obligación es capaz de surtir efectos desde el momento mismo de producida la novación, no existe razón alguna para considerar que recién habrá novación cuando se cumpla la condición de la obligación primitiva novada. Caso distinto es el previsto por el primer parágrafo del artículo 1284, ya que la sustitución de una obligación pura, con eficacia plena, por otra sujeta a condición suspensiva, determina que, si bien esta última obligación exista, en caso de no cumplirse la condición, esto es, de ser la obligación ineficaz, no generaría efecto alguno y, por tanto, se estaría cambiando una obligación válida por otra que, en rigor, sería no sólo ineficaz, sino que se convertiría, abusando del lenguaje, en inexistente, no obstante que tuvo existencia inicial, y, en consecuencia, no podría originar novación alguna. No es posible novar algo por nada.

– ***Concordancias nacionales.***

Condiciones impropias, artículo 171 del Código Civil / Condición potestativa, artículo 172 del Código Civil / Actos conservatorios durante la pendencia, artículo 173 del Código Civil / Indivisibilidad de la condición, artículo 174 del Código Civil / Irretroactividad de la condición, artículo 177 del Código Civil / Concepto de novación, artículo 1277 del Código Civil.

– NOVACION DE OBLIGACIONES SUJETAS A CONDICION RESOLUTORIA.

Artículo 1285.- "*Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.*

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura."

– *Fuentes nacionales del artículo 1285.*

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

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordó el tema en los artículos 260: "Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario."; y 261: "Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la con-

dición de la primera, salvo estipulación en contrario."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en los artículos 248: "Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario."; y 249: "Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario."

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936,* prescribía en el artículo 1282 lo siguiente: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario."; mientras que el *Código Civil de 1936,* lo hacía en el artículo 1233: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto 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*, trataba la materia en su artículo 144: "Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 140: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura."

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, legislaba sobre la materia en el artículo 1303: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1252:

"Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.- Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1285 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1676) y el Código Civil Chileno (artículo 1633).

– ***Análisis.***

El artículo 1285 del Código Civil rige los casos de novación de obligaciones sujetas a condición resolutoria.

Los supuestos son los siguientes:

(a) *Novación de obligación pura por otra sujeta a condición resolutoria.*

La sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria produce consecuencias novatorias, salvo estipulación distinta de los contratantes.

Así lo establece el parágrafo primero del artículo 1285: "Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario." (1)

---

(1) Adviértase que este precepto contempla reglas inversas a las previstas para la novación de obligaciones sujetas a condición suspensiva, porque las obligaciones sujetas a condición resolutoria no sólo existen, como aquellas, sino que tienen eficacia plena hasta que se cumple la condición, lo que no sucede con las obligaciones sujetas a condición suspensiva.
Remitimos al lector, por tanto, a los comentarios efectuados con ocasión del análisis del artículo 1284 del Código Civil.

Una obligación sujeta a condición resolutoria tiene eficacia, es decir, constituye un derecho cierto. De allí el sentido de la norma bajo análisis.

La condición resolutoria no obsta, en principio, para la eficacia del acto jurídico sujeto a ella. Sólo su acaecimiento determina el cese de eficacia del acto.

Coviello, citado por Vidal Ramírez [2], expresa que, cuando el negocio se sujeta a una condición resolutoria, él existe y produce todos los efectos de que es capaz hasta que la condición se realice.

Guillermo Lohmann [3] indica que bajo el nombre de condición resolutoria se designa a la determinación de voluntad consistente en el establecimiento de un evento que, en caso de suceder o de no suceder, tendrá como consecuencia que todos o parte de los efectos del negocio se extingan.

Fernando Vidal [4], por su parte, señala que la condición es resolutoria cuando los efectos del acto se han producido y cesan al verificarse la condición.

Ahora bien, en virtud de lo establecido por el artículo 1285 del Código Civil, la novación opera a la fecha de su celebración y no a la fecha en que se cumple la condición [5].

En tal sentido, cabe preguntarnos qué efectos produce el acaecimiento de la condición resolutoria sobre dicha novación.

---

(2) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 464.
(3) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 303.
(4) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Página 464.
(5) Obsérvese que, si los contratantes estipulan la novación, previendo una disposición en contrario al precepto bajo análisis, dicho acuerdo novatorio producirá efectos a partir de la fecha que los contratantes hubiesen designado.

Atendiendo a los preceptos que rigen la condición y a las reglas previstas por la norma comentada, anotamos lo siguiente:

– *Si se estipula conforme a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil.*

Cuando los contratantes no prevén pacto en contrario a lo contemplado por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición no tiene eficacia retroactiva y, por tanto, su acaecimiento no modifica la situación jurídica anterior. Vale decir, el cumplimiento de la condición no afecta la novación estipulada.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando un acreedor conviene con su deudor en novar la obligación pendiente de pago por otra, a condición de que aquél (el acreedor) siga estando inafecto al régimen del impuesto selectivo al consumo. Si la condición se verifica, por hallarse el acreedor obligado al pago de dicho tributo, la eficacia de la novación subsiste.

Nótese que en el caso presentado las partes no hacen mención alguna sobre la retroactividad de la condición, ni pactan en contrario al artículo 1285.

Cabe observar, sin embargo, que Raymundo Salvat [6], en opinión discrepante, manifiesta que cuando la nueva obligación se hubiese contraído bajo condición resolutoria y ésta llegase a cumplirse, la novación sería imposible y la primitiva obligación tendría que renacer. Vale decir, la obligación nueva se reputaría como si nunca hubiese existido, faltando, en consecuencia, uno de los requisitos esenciales de la novación.

En cuanto a la situación del acreedor, Salvat precisa que durante la pendencia de la condición éste puede exigir el cum-

---

(6) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 13 y 14.

cumplimiento de la nueva obligación, pero si después se cumple la condición, tendrá que restituir lo que en virtud de ella hubiere percibido, sin perjuicio de su derecho de exigir la ejecución de la obligación anterior.

- *Si se pacta en contrario a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil.*

  Cuando los contratantes prevén una disposición contraria a lo previsto por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición tendría eficacia retroactiva y, en consecuencia, su acaecimiento resolvería los efectos que venía produciendo la novación.

  Sería el caso, por ejemplo, que acreedor y deudor acordaran novar la deuda por otra, a condición de que aquél (el acreedor) permanezca en el cargo de gerente de una sociedad anónima; estipulando, asimismo, la eficacia retroactiva de dicha condición. Si la condición se verifica, la novación se resuelve.

(b) *Novación de obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple.*

Cuando se sustituye una obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple opera la novación, salvo pacto en contrario.

En este supuesto se aplican iguales reglas a las expuestas, según lo previsto por el segundo parágrafo del artículo 1285.

Finalmente, debemos señalar que la sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria, o a la inversa, no produce consecuencias novatorias en los casos siguientes:

- Cuando la condición resolutoria es ilícita (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).

- Cuando la condición resolutoria es física o jurídicamente imposible (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).

- Cuando la condición resolutoria, a pesar de verificarse, no se considera cumplida (artículo 176 del Código Civil) [7].

- Cuando la condición resolutoria se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil).

- ***Concordancias nacionales.***

Condiciones impropias, artículo 171 del Código Civil / Actos conservatorios durante la pendencia, artículo 173 del Código Civil / Indivisibilidad de la condición, artículo 174 del Código Civil / Condición negativa, artículo 175 del Código Civil / Cumplimiento e incumplimiento malicioso de la condición, artículo 176 del Código Civil / Irretroactividad de la condición, artículo 177 del Código Civil / Novación de obligaciones sujetas a condición suspensiva, artículo 1284 del Código Civil.

---

(7) El artículo en mención tiene por texto el siguiente:
Artículo 176.- "Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.
Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento."

– **NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LA OBLIGACION PRIMITIVA. CONSECUENCIAS.**

Artículo 1286.- "*Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.*

Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1286.***

El artículo 1286 del Código Civil Peruano de 1984 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 el artículo 3010: "Si la obligación anterior es nula, o se halla ya extinguida, el día en que la posterior es contraída, no hay novación."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en sus artículos 258: "La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba extinguida cuando la prestación fue contraída, no habrá novación."; y 259: "La obligación simplemente anulable puede ser confirmada por la novación."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, legislaba la materia en sus artículos 246: "La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba extinguida cuando la prestación fue contraída, no habrá novación."; y 247: "La obligación simplemente anulable puede ser confirmada por la novación."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, lo hacía en el numeral 1281: "La obligación simplemente anulable queda confirmada por la novación."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1292: "La obligación simplemente anulable queda confirmada por la novación."

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 143: "La novación queda sin efecto si no existía la obligación originaria.- Cuando la obligación originaria deriva de un título anulable, la novación es válida si el deudor ha asumido válidamente la nueva deuda conociendo el vicio del título originario."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 141: "Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.- Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, se ocupaba del particular en el artículo 1304: "Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.- Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el numeral 1253: "Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.- Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1286 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1234),

Ecuatoriano (artículo 1673, primer párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1324), Chileno (artículo 1630), Boliviano de 1976 (artículo 356), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 865), Paraguayo de 1987 (artículo 606), Español (artículo 1208), Guatemalteco de 1973 (artículo 1487), Brasileño (artículos 1007 y 1008), Portugués de 1967 (artículo 860, inciso 1) y Argentino (artículo 802: Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación).

Los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1487), Mexicano (artículo 2218) y Panameño (artículo 1094), establecen que la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen; en tanto que el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 817) prescribe que "una obligación rescindible o anulable puede servir de objeto de novación, con tal que sea susceptible de ser confirmada y que el deudor tenga, al verificar la novación, conocimiento del vicio de que adolecía."

Por su parte, el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1162) hace la salvedad de que la causa de nulidad sólo puede ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos de su origen; mientras el Código Civil Uruguayo (artículo 1533) dispone que la nulidad relativa del nuevo título, la pérdida y la evicción de la cosa dada en pago, no hacen revivir los derechos que resultaban de la obligación extinguida.

Finalmente, el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 206) también establece una salvedad, al señalar que la novación no tiene efecto si la antigua obligación era nula, a no ser que la nueva obligación se hubiera asumido en aras de confirmar la primitiva obligación.

– ***Análisis.***

El artículo 1286 del Código Civil Peruano de 1984 se ocupa del tema de la nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva en la novación.

– *El caso de la novación de una obligación nula.*

Concordamos plenamente con la solución que otorga la norma al supuesto en que la obligación primitiva fuese nula, ya que la nulidad equivale a que ella nunca surgió para el Derecho y a la imposibilidad de origen de que surtiera efecto alguno; en suma, a su invalidez plena de origen. En tal sentido, una obligación nula, vale decir, que nunca ha surgido para el Derecho, no podría ser variada por otra nueva que la sustituya. La obligación nueva, de crearse, no tendría como finalidad sustituir a la anterior, por la sencilla razón de que no habría nada que sustituir.

Sin embargo, el lector debe reparar que el supuesto del primer párrafo del artículo 1286, cuando en él se establece que no existe novación, se refiere a la hipótesis de que las partes hayan querido sustituir la obligación primitiva por una nueva, vale decir, que en el actuar de las mismas haya habido **animus novandi**.

Distinto sería el caso en que las mismas partes que crearon la obligación primigenia (que era nula) se pusieran de acuerdo para crear una nueva obligación, sin ánimo de sustituir a la anterior. En este supuesto es obvio que no habría novación. Sólo se crearía una nueva obligación, allí donde no había obligación alguna. En tal hipótesis no ocurre que las partes hubieran deseado cambiar algo por nada; simplemente estarían dando nacimiento a una nueva relación jurídica que no tendría por función sustituir a alguna otra, sino sólo obligar a las partes entre sí.

Dentro de nuestra línea de pensamiento se encuentra el parecer de Levenhagen [1], quien, al referirse al requisito de la existencia de la obligación anterior que pasa a ser extinguida con la constitución de la nueva, la cual viene a sustituirla, señala que -justamente por incluir una sustitución- evidentemente no puede haber novación de obligación nula, pues sería lo mismo que dar validez a este tipo de obligaciones, lo que expresamente está vedado por la ley.

(1) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 148.

Sin embargo, no toda la doctrina consultada es del mismo parecer, pues hay autores que consideran que cabría la eventualidad de novar una obligación nula.

A decir de Alfredo Colmo [2], puede darse el supuesto de que la novación haya sido hecha con noticia de la nulidad (es decir, cuando ambas partes conocían de la existencia del vicio), y hasta por el único individuo que podía pedirla; y, de acuerdo con las expresiones de Colmo, no sólo cabría ver, según las circunstancias, una renuncia al pedido de tal nulidad, sino también una confirmación del acto, la que, como es sabido, puede ser tácita.

Para Alfredo Colmo está claro que todo será asunto de prueba, y quien pretenda que no hay novación, tendrá que demostrar la nulidad de la obligación novada. Así -dice Colmo-, quien sostenga que hay novación deberá acreditar, o la renuncia a la acción de nulidad o la confirmación del acto nulo. En principio, según Colmo, la nulidad, que es un medida tan rigurosa (sobre todo si se quiere hacerla jugar retroactivamente y aun contra terceros), no se presume, y por eso quien la invoque debe empezar por demostrarla sin dejar lugar a duda alguna.

– *El caso de la novación de una obligación anulable.*

El Código Civil establece, en el segundo párrafo del artículo 1286, que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

(2) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 518 y 519.

Coincidimos plenamente con lo anotado por Laurent, pues debe tenerse en cuenta que una obligación anulable no es nula, sino válida; y que sólo sería nula en el supuesto en que se recurriera a los tribunales para tal efecto y se anulara, es decir, se declarara nula, declaración que de acuerdo con lo establecido por el artículo 222 del Código Civil Peruano, se retrotrae al momento de su celebración, lo que equivale a considerar que siempre fue nula.

Pero no olvidemos que el acto anulable, en tanto no suceda alguna de las vicisitudes anotadas, es un acto válido. Como lo califica la doctrina, puede ser considerado un acto de validez actual y de invalidez pendiente, pudiendo darse el caso que jamás se anule, con lo que siempre conservaría su validez.

Ello ocurriría si el acto nunca se llegara a anular dentro del plazo prescriptorio de dicha acción, el mismo que es de dos años, de acuerdo con lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil Peruano; o si planteada la acción de cumplimiento, el demandado no deduce la excepción de prescripción; o, por último, si más bien el acto se confirma por el agente que incurrió en la causal de anulabilidad.

En estos casos, dicho acto sería tan válido como cualquier otro, razón por la cual, si se produjese la novación de una de las obligaciones surgidas del mismo, ella tendría validez plena.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 1286, bajo comentario, que dicha validez dependerá de si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Consideramos, sin embargo, que si el deudor no conociera la existencia del vicio, si bien en principio no tendría validez la novación, debería considerarse a dicha nueva obligación como válida, si es que ya hubiera vencido el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad del acto jurídico, a la que hemos hecho referencia.

Sobre este tema, estimamos que no existen mayores problemas conceptuales, ya que -se trate de uno u otro supuesto- habrá que ceñirse a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil.

Dice François Laurent [3] que, a diferencia de la obligación inexistente o nula, la obligación anulable existe, el acreedor tiene una acción y la obligación produce todos sus efectos hasta que el deudor haya obtenido su anulación; y, además, si no se pide la anulación, se confirma la obligación nula y se vuelve plenamente válida, como si nunca hubiese estado contaminada por un vicio; de esto se deduce que se puede novar la obligación.

Pero Laurent se pregunta en qué se convertirá la novación si se anula la primera obligación, y señala que se supone que la obligación anulada no existió nunca, que entonces no hubo obligación primera, y que sin duda es imposible la novación.

Según Laurent, la aplicación de estos principios presenta una dificultad; la novación implica una renuncia, el acreedor renuncia a la primera obligación por medio de una nueva deuda; y en cuanto al deudor que acepta novar una deuda anulable, se pregunta si no renuncia él a valerse de la nulidad que contaminó a la primera obligación. Refiere Laurent que, en este caso, la novación sería entonces una confirmación y nada impide a las partes interesadas confirmar una obligación nula.

Cuando la novación es objetiva -añade Laurent-, estos principios se aplican sin dificultad; el deudor sigue siendo el mismo, y al contraer una nueva obligación sustituta de la primera, él confirma ésta, por supuesto siempre y cuando las condiciones requeridas para la confirmación existan. Es preciso que el deudor sepa del vicio y que tenga la intención de re-

(3) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 265 y siguientes.

pararlo; es preciso aun que se haga la confirmación en un momento en que se podía eliminar el vicio por medio de la confirmación; y agrega que el artículo 1338 del Código Francés está muy mal redactado porque parece confundir el acto confirmativo con la confirmación.

Señala Laurent que no es preciso un escrito para la validez de la confirmación, pero si se redacta un escrito, se debe hacer en las formas prescritas por la ley. Laurent se pregunta si se debería observar estas formas para la confirmación que se hace con la forma de novación, a lo que responde que el artículo 1338 es aplicable sólo cuando las partes actúen teniendo por objeto principal y único el confirmar una obligación nula, mientras que cuando hacen la novación, tienen por objeto sustituir una deuda anterior que se extinguió, por una nueva deuda. De esta forma, la novación implica confirmación, es una conformación tácita; lo que excluye la aplicación del artículo 1338 con respecto a las formas del acto confirmativo.

Considera el renombrado exégeta belga que la decisión sería la misma si se hiciera la novación por medio de la sustitución de un nuevo acreedor: el deudor sigue siendo el mismo, y se supone que él confirma la primera obligación sustituyéndola por una nueva obligación. Cuando la novación se hace por la sustitución de un nuevo deudor, la aplicación de los principios explicados sufre cierta duda; la mayoría de los autores enseñan que la novación será válida con tal que el nuevo deudor haya sabido en el momento del convenio, de los vicios que anularon la primera obligación, es decir, que el nuevo deudor confirma a la antigua deuda al novarla. Sin embargo, la confirmación supone que el que confirma tenía el derecho de obrar con nulidad, pues confirmar es simplemente renunciar a la acción de nulidad y sólo el deudor tiene este derecho. En principio, esto sería indudable, pues un tercero no puede demandar la nulidad de la obligación donde él no fue parte y entonces él no la puede confirmar.

Para Laurent queda por saber si el nuevo deudor es un tercero. Al respecto señala que se puede sostener que el deudor que hace la novación debe ser asimilado en la fianza, de acuerdo con la cual, según el artículo 2012 del Código Napoléon, puede invocar ciertas causas de nulidad. En consecuencia, si el deudor que nova puede demandar la nulidad, la cuestión de novación se resuelve incluso por esto mismo: aquél que puede obrar en nulidad también puede confirmar, y entonces puede confirmar novando.

No obstante ello, el ilustre profesor hace bien en subrayar el tema, dado que pareciera que el precepto bajo comentario está pensado en función de un supuesto de novación objetiva.

Sin embargo, nada impediría que se produjese una novación subjetiva, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus dos modalidades), con las reservas que impondrían las circunstancias de que quien entra a formar parte de esa nueva obligación conozca o no la causal que eventualmente podría originar la anulación del acto [4].

(4) Según Huc (HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 140 y 141.), todo pago supone una deuda existente, y la novación es sólo una especie particular de pago. Entonces toda novación supone una deuda susceptible de extinción por el pago.
Agrega Huc que si el mismo deudor contrae la nueva obligación con el mismo acreedor, la novación es válida sólo si en el momento en que se produjo, el deudor, capaz anteriormente, sabía del vicio por el que se contaminó la primera obligación, siendo un caso de confirmación tácita de acuerdo con las normas comunes del pago.
Señala Huc que si se contrajo la nueva obligación con un nuevo deudor que conocía del vicio por el que fue contaminada la primera obligación, no hay problema: este todavía es un caso de confirmación tácita; y si el nuevo deudor ignoró el vicio del que se trataba, generalmente se decide que él puede demandar la nulidad de la primera obligación, aunque sea ajeno a ésta, mientras que no lo puede hacer si se tratara de una excepción personal que concernía al antiguo deudor.

– *Eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable.*

Afirman los Mazeaud [5] que la novación no produce efecto, y, por consiguiente, la primera obligación no se extingue, en tanto que la nueva obligación no llegue a nacer. Se precisa, pues, que la obligación creada sea válida. Sin embargo, los autores discuten acerca de la validez de la novación cuando las partes tengan conocimiento de la nulidad relativa de la nueva obligación. Al respecto expresan los Mazeaud que un sector de la doctrina estima que la novación tendría entonces un carácter aleatorio, pero sería válida, y recuerdan que la Corte de Casación Francesa no parece establecer distinción alguna, según las partes tengan conocimiento o no de la nulidad relativa, pues en todos los casos se pronuncia por la nulidad de la novación.

Para Théophile Huc [6], en el supuesto de que las partes se encontraran ante una obligación anulable y estuviesen considerando o evaluando las oportunidades de anulación que la amenazan, habiendo dejado constancia de tales consideraciones en el acto novatorio, entonces, de conformidad con la propia voluntad de las partes contratantes, la novación tendría carácter aleatorio, y seguiría siendo válida, aun cuando se anulara más tarde la obligación; sin embargo, todas estas soluciones se derivan de aplicar los principios generales y no las normas particulares de la novación.

En opinión nuestra, el eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable, dependerá de si se trata de una novación objetiva o subjetiva.

En el caso de la novación objetiva, al ser las mismas partes las que han creado la obligación primigenia y han recurrido a novarla, se produciría un supuesto de confirmación del acto

(5) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 463.
(6) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 140 y 141.

anulable, razón por la cual el acto novatorio no tendría -en lo absoluto- rasgos de aleatoriedad.

Distinto sería el caso de una novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor, en la medida en que la parte en la obligación originaria que tenía derecho a anular el acto no participe en la creación de la nueva obligación. Este supuesto no podría presentarse en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, ya que en ella se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (argumento del artículo 1280 del Código Civil); así como tampoco en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la misma que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (argumento del artículo 1282).

En cambio, sí se podría presentar en el supuesto de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la misma que, como ha sido visto por nosotros en el análisis del artículo 1282 del Código Civil, puede efectuarse no sólo contra la voluntad del deudor primitivo (argumento del referido artículo), sino también con desconocimiento de dicho deudor.

– *El caso de la novación de una obligación natural.*

El tema de la novación de una obligación natural por una obligación civil no siempre ha estado claro en doctrina.

En tal sentido, estima Laurent [7] que resulta conveniente citar una opinión que prueba cuánta incertidumbre hubo en esta materia: Marcadé dijo que la novación es válida desde que el nuevo deudor obra con conocimiento de causa; él sabe que la deuda es anulable; pero, sin embargo, una deu-

(7) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 266 y siguientes.

da anulable vale como obligación natural y una obligación natural puede ser objeto de novación.

Refiere Laurent que, suponiendo que se pueda novar una deuda natural, faltaría saber si una deuda anulable es una deuda natural; interrogante que contesta negativamente, porque la deuda anulable es una obligación civil y, como tal, válida en tanto no se pronuncie su nulidad. Entonces se pregunta Laurent si se dirá que una obligación civil es una obligación natural, y responde que, si se anula la obligación, se supone -jurídicamente hablando- que nunca existió, por lo que queda claro que la nada no es una deuda natural, e incluso puede llegarse a novar una obligación anulable, en tanto no se haya declarado su nulidad.

Resulta importante, por lo demás, precisar que no habrá problema alguno -tal como lo manifestamos oportunamente- en novar una obligación natural por otra (claro está, de carácter civil). Al fin y al cabo, se trata del cambio de una obligación por otra distinta, ya que la obligación natural no deja de ser obligación, con la única restricción de que pierde el rasgo de exigibilidad [8].

---

(8) A decir de Alfredo Colmo (COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 518 y 519.), es dable sentar determinadas reglas para el caso de novación de una obligación natural.
El citado profesor argentino anota las siguientes pautas: 1° la novación de una obligación natural es, en principio, válida; 2° quien pretenda lo contrario deberá demostrar su error, en cuya virtud creyó que se trataba de una obligación civil; 3° cuando el que nova es un tercero, puede servir como elemento de interpretación, aparte de las circunstancias propias de cada caso, el que se contiene en el valor de la nueva obligación, el mismo que si corresponde, poco más o poco menos, al de la anterior, inducirá a la convicción de que se ha considerado a ésta como válida o civil, y que si es de una desproporción evidente al respecto, hará suponer que el tercero ha tenido en cuenta el álea o albur de que el deudor pudiera alegar la invalidez de su obligación natural, por donde la causa de la novación no vendría a estar en la obligación anterior sino en ese álea, y en tal caso la novación debería subsistir contra todo.

– ***Concordancias nacionales.***

Acto jurídico nulo, artículo 219 del Código Civil / Acto jurídico anulable, artículo 221 del Código Civil / Confirmación, artículos 230, 231 y 232 del Código Civil / Transacción, artículo 1308 del Código Civil / Efectos del cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil.

– NULIDAD O ANULACION DE LA NUEVA OBLIGACION. CONSECUENCIAS.

Artículo 1287.- "*Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.*"

– *Fuentes nacionales del artículo 1287.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; ni en el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordaba el tema en su artículo 149: "Si la obligación asumida por el nuevo deudor frente al acreedor es declarada nula o anulada, la obligación del deudor originario revive, pero el acreedor no puede valerse de las garantías prestadas por terceros."; en

tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 142: "Si la nueva obligación se declara nula o anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1305: "Si la nueva obligación se declara nula o anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1254: "Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Concuerdan con el artículo 1287 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Italiano (artículo 1276), Costarricense de 1888 (artículo 816) y Uruguayo (artículo 1533).

Por otra parte, tanto el Código Civil Español (artículo 1207), como el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 3245) y el Código Civil Portugués (artículo 861), establecen que cuando la obligación principal se extingue por defecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento.

– ***Análisis***.

Entendemos que el artículo bajo comentario, debe analizarse separando sus supuestos.

(1) En primer lugar, el Código establece que si la nueva obligación se declarase nula, la primitiva obligación "revive".

Como enseña Laurent [1], cuando la segunda obligación es

(1) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 268 y 269.

inexistente, no hay novación. La cuestión se puede presentar cuando la segunda obligación tiene una causa ilícita, o cuando el deudor no la consintió.

Recuerda Laurent que la Corte de Poitiers aplicó este principio en un caso en que, al parecer de Laurent, la nueva obligación no era inexistente, pues había sido suscrita por una persona que más tarde fue incapacitada, en una época en que las causas de inhabilitación existían notoriamente. La sentencia dice que esta obligación está azotada por una nulidad radical, por la falta de un consentimiento válido, lo que no es exacto. Precisa Laurent que la ausencia del consentimiento determina que la obligación sea inexistente y se pregunta cuándo se podrá decir que el deudor alienado no consiente y cuándo se prueba que él está en estado de alienación mental en el momento en que suscribió el convenio. En el caso simplemente se atacaba el acto como si se hubiese hecho en una época en la que existía notoriamente la causa de inhabilitación, pero no por ausencia de consentimiento. Entonces se trataba de una obligación simplemente anulable, y una obligación similar, en principio, puede ser novada.

Para los Mazeaud [2] debe ser válida la obligación nueva, porque una obligación atacada de nulidad absoluta no podría constituir objeto de una novación, ya que no habría creación de una nueva obligación.

Colmo [3], por su parte, afirma que si la nueva obligación es nula, por aplicación de lo dispuesto en la ley, la novación no se habrá producido, y la anterior obligación seguirá subsistiendo.

El supuesto del precepto bajo comentario es que la obligación originaria fuese válida y que se le novara por una obli-

(2) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen II, Página 463.
(3) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 520.

gación que adoleciera de vicio de nulidad absoluta. En tal caso, siguiendo con el razonamiento que aducimos al analizar el artículo 1286 del Código Civil, diríamos que se pretendería cambiar algo por nada, razón por la cual se entiende que no se habría producido novación alguna.

Sin embargo, no es, como señala el Código, que la obligación primigenia "reviva", sino que más bien "nunca murió", ya que la segunda obligación, al ser nula, no fue capaz de "matarla" y de operar una novación, razón por la cual el empleo del término "revive" podría prestarse a confusiones.

Consideramos necesario precisar que la palabra "revive" empleada por el Código Civil es una de uso común, mas no técnico, razón por la cual sugeriríamos usar la expresión "seguirá surtiendo sus efectos", pues de ello se trata justamente el problema.

(2) Luego, el Código prescribe que si la nueva obligación se anulase, la primitiva obligación "revive".

Según Laurent [4], si existe una obligación anulable, entonces hay novación; pues si no se pide la nulidad de la segunda obligación, no hay ninguna duda de que será plenamente válida, así como la novación [5].

Sin embargo, Laurent se pregunta en qué se convierte la novación cuando se anula la nueva obligación, y también se pregunta si es necesario aplicar el principio por el cual se supone que el acto anulado nunca existió, lo que implicaría

---

(4) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 269 y siguientes.
(5) Laurent advierte que en el Derecho Francés es esta una de las diferencias entre la nulidad y la no existencia de un acto, no siendo necesario pedir la nulidad de una obligación inexistente. Añade que ni siquiera se la puede pedir, pues sería solicitar la nulidad de la nada; la obligación no tiene efecto, y no puede tener ninguno; y por lo tanto, una obligación es inexistente con pleno derecho, mientras que no hay nulidad en pleno derecho.

la nulidad de la novación. Estima el citado jurista que la pregunta presenta serias dificultades; los mejores autores dudan en esto y Aubry y Rau, en una última edición de su obra, abandonaron la opinión que habían enseñado en sus ediciones anteriores, siéndoles preciso distinguir las diversas especies de novación [6].

---

(6) Si la novación -refiere Laurent- se produce por el cambio de objeto, es el mismo deudor el que contrae la nueva obligación, y el que puede pedir la anulación, y se pregunta, por tanto, si caerá la novación con la nueva obligación que debía reemplazar a la antigua.
Señala Laurent que se podría creer que subsiste la novación porque toda novación implica una renuncia; ahora bien, la renuncia es pura y simple, y no está subordinada a la validez de la nueva obligación; por tanto, se puede decir que la renuncia y, en consecuencia, la novación subsisten, a pesar de la anulación de la nueva obligación.
Laurent cree, sin embargo, que esta argumentación es demasiado absoluta, pues, sin duda, el acreedor que consiente en novar su crédito, renuncia a él; y, no obstante, se pregunta si esta renuncia es pura y simple.
Si es pura y simple, sería una entrega, una liberalidad, mientras que la novación es un acto a título oneroso; y si el acreedor renuncia a su primera obligación, es por medio de la segunda que se la sustituye, pues toda novación implica, por tanto, una condición: la primera deuda se extingue sólo con la condición de ser reemplazada por una segunda, faltando saber si se puede admitir que el acreedor renuncie a una obligación válida para sustituirla por una obligación nula.
Estima Laurent que esta es una cuestión de intención, como toda renuncia; no habiendo renuncia sin la voluntad de renunciar; y para que se admita que el acreedor haya renunciado a una obligación válida por medio de una obligación nula, ante todo es necesario que el acreedor sepa del vicio que infecta a la segunda obligación. Si él lo ignora, al menos en general, no se puede decir que él tuvo la intención de renunciar.
Añade Laurent que hay un vicio en su renuncia, que está contaminada por error: por tanto él podrá pedir la nulidad de la renuncia, y -en consecuencia- de la novación, probando que él consintió la novación por error, que no lo habría hecho si él hubiese sabido del vicio que anula a la nueva obligación.
Según Laurent, se presenta aún una dificultad de hecho. Si se prueba que el acreedor sabía antes de la novación de los vicios de la nueva obligación, la novación sería válida porque el acreedor renunció con conocimiento de causa; y él no podría atentar contra la renuncia, pues no estaría viciada; de tal modo que subsistiría la novación, incluso cuando se anulara la segunda obligación. Se dirá

Según Alfredo Colmo [7], si la obligación es anulable, la novación lo será también y en los mismos términos; de ahí que mientras no se declare esa nulidad, la novación subsista.

---

que la cuestión es ociosa: ¿dónde está el acreedor que renunciará a una obligación válida para sustituirla por una obligación nula? Considera Laurent que es cierto que esto no se concibe en la novación objetiva; pero ello se puede producir cuando hay novación por la sustitución de un nuevo deudor, el mismo que es incapaz; el acreedor sabía de su incapacidad; y, sin embargo, el primer deudor era insolvente, mientras que el segundo era solvente; en este caso, el acreedor tiene interés por novar una obligación válida contra una nula, pues por lo menos tendría una oportunidad de que se le pague si el nuevo deudor no pide la nulidad de su obligación.
Pero Laurent considera que el verdadero nudo del problema estriba en qué se deberá probar.
Estima Laurent que en una opinión general se dice que basta con que la segunda obligación sea nula para que implique la nulidad de la novación, suponiendo que el acreedor haya ignorado la causa de nulidad; en esta opinión, se presume que el acreedor aceptó la novación sólo porque ignoraba el vicio que anula la nueva obligación; y entonces no hay nada que probar. Para Laurent, el acreedor que pide la nulidad de la novación debe probar que se vició su renuncia por un error en el que él se encontraba; y no basta que la segunda obligación sea nula para que por esto se presuma el error. Con presunción legal -según Laurent-, no hay nada. Además, las presunciones de hecho serían admisibles con muy poca frecuencia.
Por consiguiente -a decir de Laurent-, se queda bajo el dominio del Derecho en cuanto a la prueba: al acreedor que demanda la nulidad, corresponde probar que la novación se vició por error; en primer lugar, es preciso que él pruebe que ignoraba el vicio de la nueva obligación; y luego, debe probar que esta ignorancia vició su consentimiento. La prueba será más o menos difícil, según la causa de nulidad. En cuanto a los vicios del consentimiento que anulan la segunda obligación, estima Laurent que el juez admitirá con facilidad la prueba de que el acreedor no habría aceptado la novación si los hubiera conocido, pues la prueba consiste en el interés que puede tener el acreedor en novar una obligación válida por una obligación nula; ahora bien, advierte que no se percibe cuál es el interés que él podría tener para sustituir una obligación válida por una obligación nula, mientras que él podría interesarse si la nueva obligación es nula por causa de incapacidad.

(7) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 520.

Por nuestra parte, consideramos necesario formular ciertas precisiones.

Si la segunda obligación fuese anulable, sí habría operado novación, ya que la obligación anulable no es nula, sino actualmente válida y sólo sufre de una invalidez pendiente. Lo que ocurre -y ahí apunta el precepto bajo comentario- es que dicha segunda obligación, anulable, sea declarada nula. Ante tal supuesto, al no existir ya para el Derecho ninguna segunda obligación, es que la ley determina que la primigenia obligación "revive". En este caso sí estaría bien empleado el término "revive" (aunque no es una expresión propia del Derecho de Obligaciones), pues al ser inicialmente válida, la obligación anulable en un momento "mató" a la obligación primigenia, la que "revivirá" si es que la segunda obligación es anulada judicialmente.

Para concluir con el examen de esta norma y el tema de la novación, debemos señalar que el artículo bajo análisis agrega, en su parte final, que a pesar de que "reviva" la obligación primigenia, el acreedor no podría valerse de las garantías prestadas por terceros. De esto último se infiere que el acreedor sí podría valerse de las garantías otorgadas por el propio deudor.

En consecuencia, una vez producida la novación, el tercero ex-garante se desentendería de la nueva obligación (la que no está garantizando), pues resultaría injusto que dicho tercero estuviera permanentemente sometido a lo que ocurra en el futuro con la nueva obligación (por ejemplo, que se declare nula), como también resultaría injusto que, si la anterior obligación recobra sus efectos, porque la nueva se anula, se obligue al ex-garante a continuar garantizando dicha obligación. El Derecho entiende que su relación con el deudor terminó al producirse la novación, aunque después la nueva obligación se declare nula o sea anulada, ya que en ella no intervino el garante.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1287.***

Artículo 1287.- "*Si la nueva obligación se declara nula, la primitiva obligación seguirá surtiendo sus efectos. Si la nueva obligación se declara anulada, la primitiva obligación recobrará sus efectos. En ambos casos el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.*"

- ***Fundamento.***

En caso de que la nueva obligación sea nula, no es que la obligación primigenia "reviva", sino que "nunca murió", ya que la segunda obligación jamás existió para el Derecho. Por ello es que proponemos sustituir el término "revive", por la frase "seguirá surtiendo sus efectos"; en tanto que para el caso en que la nueva obligación se declare anulada, proponemos sustituir la expresión "revive", por la de "recobrará sus efectos", que nos parece técnicamente más apropiada.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1287.***

En relación con el tema regulado por el artículo 1287 del Código Civil Peruano de 1984, podríamos mencionar las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Para que la novación produzca efectos, es necesario que tanto la obligación que se extingue como la nueva que se crea, sean válidas; de manera que en caso de ser nula y sin valor la nueva obligación que se instituye por la novación, carece de causa la extinción de la primera." Anales Judiciales, 1909, Página 46. (Artículo 1292 del Código Civil de 1936).

II.- "Es nula y no sólo anulable la novación de un contrato de arrendamiento si en el mismo intervino a nombre de una de las partes, que era incapaz, persona que no tenía su representación

legal." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1953. Normas Legales, Número 19, 1953, Página 332. (Artículo 1292 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Acto jurídico nulo, artículo 219 del Código Civil / Nulidad, artículo 220 del Código Civil / Acto jurídico anulable, artículos 221 y 222 del Código Civil / Cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil / Nulidad o anulabilidad de la transacción, artículo 1310 del Código Civil.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Tercera Parte, Tomo VIII*, se terminó de imprimir en el mes de agosto de 1997, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A. (Reg. Ind. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú.
La edición fue de 1,000 ejemplares.

PUBLICACIONES RECIENTES

ALICIA DEL AGUILA
Callejones y mansiones. 1997. 176 p.

OTTO LEIDINGER
Procesos industriales. 1997. 250 p.

ANA MARIA LORANDI
De quimeras, rebeliones y utopias. 1997. 220 p.

ROGELIO LLERENA
Código de ética judicial. 1997, 108 p.

NELSON MANRIQUE
La sociedad virtual y otros ensayos. 1997. 282 p.

JORGE MARCONE
La oralidad escrita. 1997. 294 p.

MANUEL MARZAL
Historia de la antropología social. 1996. 576 p.

CARLOS RAMOS NUÑEZ
El código napoleónico. 1997. 408 p.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
El derecho a amar y el derecho a morir. 1997. 356 p.

DE PROXIMA APARICION

FERNANDO ARMAS ASIN
Tolerancia religiosa y modernidad en el siglo XIX

RICHARD BURGER
La ocupación prehistórica de Chavín de Huántar

GISELLA CANEPA KOCH
Máscaras, transformación e identidad en los Andes

AMAYA FERNANDEZ, MARGARITA GUERRA MARTINIERE, LOURDES LEIVA VIACAVA Y LIDIA MARTINEZ ALCALDE
La mujer en la Conquista y la evangelización del Perú (Lima 1550-1650)

OLGA LOCK DE UGAZ
Colorantes naturales

LILIANA REGALADO DE HURTADO
El Inca Titu Cusi Yupanqui y su tiempo

PAUL RIZO PATRON
Familia, matrimonio y dote en la nobleza de Lima

HARALD O. SKAR
El pueblo del valle caliente

TOMAS SOBREVILLA
El Proceso Concursal Peruano

CECILIA THORNE (EDITORA)
Piaget entre nosotros

ANA VELAZCO LOZADA-RICARDO LEON
Indice análitico del Código Civil y Ley de Arbitraje

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlfs. 462-2540 (anexo 220) y 462-6390