FELIPE OSTERLING PARODI [†]
Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

TRATADO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

TOMO I

Con la colaboración de
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

TRATADO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Tomo I

© Felipe Osterling Parodi
© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica

Tercera edición: setiembre 2024
1080 ejemplares
Primera edición: noviembre 1994

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2024-08474
ISBN Obra completa: 978-612-333-111-5
ISBN Tomo I: 978-612-333-112-2

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Clorinda Inga Valladolid
Rosa Alarcón Romero
Corrección: Alex Ortiz Alcántara
Roberto Valencia Velarde

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Setiembre 2024
Publicado: setiembre 2024

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

NOTA DEL EDITOR[1]
(DE LA PRIMERA EDICIÓN)

Hace exactamente diez años, el 14 de noviembre de 1984, un nuevo Código Civil entraba en vigencia en el Perú, fruto de casi dos décadas de reflexiones, intercambios de ideas y preparación de las diferentes versiones de cada una de las partes de este importante cuerpo legal. Y hace también exactamente diez años, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica daba inicio a la Biblioteca «Para leer el Código Civil».

Ciertamente, esto no es una coincidencia, dado que el nuevo Código había sido redactado en buena parte por profesores de la Universidad Católica, su fondo editorial comprendió la importancia de servir a la comunidad jurídica nacional colocando a su alcance las interpretaciones y explicaciones del Código formuladas por los propios miembros de las comisiones legislativas —tanto de la usualmente llamada Reformadora como de la Revisora— y también por otros profesores e investigadores del Derecho formados dentro del mismo ambiente científico que constituía el alma máter de muchos de los legisladores. Y es así como el primer volumen de la colección salió a la venta precisamente el día mismo de la entrada en vigencia del Código.

Ese primer volumen fue un impulso entusiasta, aunque todavía un tanto apresurado. El Código estaba recién estrenándose y ciertamente no había transcurrido el tiempo necesario para que los comentarios pudieran haberse desarrollado y madurado suficientemente como para producir obras mayores. En realidad, los trabajos incorporados en ese primer volumen estaban destinados a constituir un número extraordinario de la Revista *Derecho*, el órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Sin embargo, la decisión de utilizar ese material para formar el primer tomo de una biblioteca jurídica tenía sobre todo un valor gestual: era un acto que constituía, en verdad, una propuesta y un serio compromiso: declarábamos de esta manera que queríamos ocuparnos a fondo del Código Civil y, de otro lado, dado que no se trataba de una publicación aislada sino que se anunciaba como el nacimiento de una colección, asumíamos la difícil responsabilidad de continuar promoviendo y publicando estudios sobre el Código con la idea de llegar a cubrir algún día todo su articulado en el futuro.

EDITORIAL MARKO CASTILLO FEYRE

1 Editor de la primera edición de la obra, que se empezó a publicar en noviembre de 1994 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ella se terminó de publicar en noviembre del año 2003.

Después de diez años podemos sentirnos satisfechos. Los autores más importantes han aceptado nuestra invitación de contribuir a la formación de la biblioteca y ahora, con el *Tratado de las Obligaciones* que entregamos al público, son dieciséis los volúmenes que integran la colección. Todavía no hemos alcanzado nuestra meta de cubrir todo el Código, pero las piezas que hemos colocado en el rompecabezas son ya tantas que comienza a percibirse la silueta general del Derecho Civil: el Título Preliminar, las obligaciones, el contrato en general, la responsabilidad extracontractual, la compra y venta y la permuta, el arbitraje, la extinción de acciones y derechos, el error y la ignorancia en el Derecho, son algunos de los temas que ya forman parte de la biblioteca.

Es interesante señalar que, a diferencia del análisis puntual bajo la forma de artículos científicos que fue la base de los dos primeros volúmenes, los restantes son verdaderos tratados que quieren estudiar en su integridad la materia. En algunos casos, este afán exhaustivo y riguroso ha obligado a dividir los volúmenes en varios tomos; y así, los trabajos sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad por productos defectuosos tienen dos tomos cada uno, el volumen correspondiente al contrato en general tiene seis tomos y la presente obra tendrá nueve tomos o más. En algunas semanas aparecerá un volumen dedicado al Derecho de Sucesiones que será también de varios tomos.

Dentro de este espíritu doblemente conmemorativo —tanto del Código como de la biblioteca— que preside la presente publicación, nos complace particularmente entregar al medio jurídico el *Tratado de las Obligaciones* escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre.

El Derecho Civil ocupa una posición central dentro del sistema jurídico. Es verdad que perdió un poco este papel protagonista dentro de la regulación de las conductas sociales durante el transcurso de este siglo, debido a las influencias socialistas y estatizantes; sin embargo, también es cierto que esa posición crucial está siendo retomada ahora, gracias a la recuperación del dominio de lo privado que hemos visto en los últimos años. Pero, dentro del Derecho Civil, el campo de ese complejo formado por el acto jurídico, las obligaciones y los contratos, constituye a su vez el eje, lo que lo convierte en el centro del centro. La importancia de ese tejido de derechos y obligaciones —porque cuando hablamos de obligaciones estamos refiriéndonos implícitamente a los derechos, que son su contraparte, y viceversa— como trama de la vida social es tal que algunos pensadores político-jurídicos han querido entender la sociedad como un contrato global dentro del cual se celebran múltiples contratos particulares, y la organización jurídica de un país no sería sino la red de los derechos y obligaciones resultantes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

André-Jean Arnaud[2] dijo alguna vez que las relaciones sociales privadas podían ser entendidas como un gran juego cuyas reglas están contenidas en el Código Civil. De esa manera, el Código definía primero a los jugadores con derecho a participar en el juego (nacimiento de la personalidad, nombre, edad requerida, grupos de jugadores, etcétera), luego establecía las piezas que utilizaban los jugadores para llevar adelante la partida (bienes muebles e inmuebles) y, además, las prendas y sanciones a los que infringían las reglas de juego (garantías de cumplimiento, responsabilidad civil, etcétera).

Sin embargo, no cabe duda de que las reglas que determinan la acción misma de los jugadores, las que controlan la partida, son las que regulan las obligaciones, es decir, los compromisos recíprocos que asumen los jugadores y que constituyen la esencia de ese juego de intercambios privados.

El tema de esta obra es, entonces, muy importante en sí mismo. Pero la obra lo es más aún por sus autores, cuya calidad académica y cuya experiencia como investigadores garantiza el tratamiento más cabal de tal tema.

Felipe Osterling Parodi es profesor de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, con casi cuarenta años de enseñanza ininterrumpida. Este solo hecho es suficiente para demostrar su autoridad en la materia. Pero, además, Osterling ha sido el presidente de la comisión llamada Reformadora que redactó el Código Civil actualmente vigente; por consiguiente, nadie mejor que él podía hacerse cargo del estudio de una parte tan fundamental de ese cuerpo de leyes. Abogado ilustre, legislador sapiente, admirado profesor universitario, político digno, ha encontrado afortunadamente todavía tiempo dentro de tantas y tan apremiantes ocupaciones para realizar una reflexión monumental.

Mario Castillo Freyre es también profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, joven y entusiasta investigador que en pocos años ha publicado ya varios libros y cuya colaboración hace ahora posible ese *Tratado* que, por su extensión y perspectivas, posiblemente no tiene precedentes en la bibliografía jurídica peruana.

El fondo editorial está seguro de que el medio jurídico nacional y extranjero encontrará extraordinariamente útil esta obra y reitera su compromiso de continuar explorando el Derecho Civil con la ayuda de sus más destacados estudiosos.

Fernando de Trazegnies Granda

Director de la Biblioteca «Para leer el Código Civil»
Presidente del Fondo Editorial

2 Arnaud, André-Jean. *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*. Bibliothèque de Philosophie du Droit. París: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, vol. xvi, *passim*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prólogo a la primera edición

El universo jurídico de las obligaciones es prácticamente infinito. El hombre está naturalmente inmerso en la sociedad, convive con sus semejantes, se relaciona con ellos. Esta convivencia entraña un tejido de relaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones.

Esta vasta materia ha sido tratada con erudición y profundidad por los eminentes profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en la obra que tengo el honor de prologar.

Luego de un breve prefacio, los autores desarrollan una magistral teoría general de las obligaciones, en la que ponen de manifiesto un completo conocimiento no sólo de la doctrina nacional, sino también de la francesa, italiana y argentina. Las prolijas citas de muy numerosos autores les permiten confrontar ideas acerca de los tópicos más relevantes de esta materia y llegar a conclusiones siempre sagaces y bien fundadas.

Es de destacar su claridad de ideas en materia tan compleja, complejidad que algunas veces desesperó a quienes se ocuparon del tema. Basta recordar que sólo respecto de uno de esos temas, la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, Dumoulin escribió en el siglo XVI una obra a la que llamó *Extricatio labyrinthy dividue et individue*, donde comparaba los meandros de la materia con un verdadero laberinto y suministraba «diez claves y tres hilos» para salir de él. Verdad es que la elaboración doctrinaria posterior clarificó muchos de estos problemas, pero no por ello esta materia ha dejado de ser extraordinariamente compleja.

Esta teoría general de las obligaciones trata de temas tan importantes como la definición y concepto general de la obligación, su evolución histórica, su naturaleza jurídica, sus fuentes y su clasificación.

Me limitaré a una breve referencia a algunos de los más importantes temas tratados en esta teoría general, pues referirme a todos significaría darle a este prólogo una extensión imprudente.

Los juristas romanos elaboraron una magnífica teoría de las obligaciones, teoría a la cual el Derecho moderno debe mucho. Lo que no quiere decir que ella haya perdurado intacta hasta nuestros días. No podría haber permanecido así, dado que las circunstancias políticas y sociales han cambiado y el Derecho debe ser expresión de ellas. Las relaciones humanas son hoy más ricas y complejas, la contratación ha asumido múltiples formas nuevas y es mucho más activa que antes; el principio liberal «lo que es libremente querido es justo» se ha demostrado falso

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

porque en la realidad de la vida moderna los fuertes imponen sus condiciones al «débil contractual», lo que obligó al Estado a intervenir en sus relaciones, intervención que a veces se exageró en desmedro de la justicia, fenómeno éste repudiado por los autores que, reconociendo la necesidad de una solidaridad entre los seres humanos, dicen con razón que esa solidaridad no se consigue con nociones asfixiantes para el mundo contractual.

Por otra parte, las grandes concentraciones urbanas hacen que el círculo de actividades de cada uno tienda a penetrar más el de sus semejantes. Estamos tan próximos unos de otros que resulta casi imposible actuar sin riesgo de causar un daño y, sin embargo, dicen los Mazeaud, estamos condenados a actuar más y más. Enorme influencia en este fenómeno ha tenido el maquinismo moderno. Las máquinas y, en particular, los automóviles, crean innumerables riesgos y daños. Ha cambiado también el concepto que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar con motivo del daño ocasionado a una persona. La responsabilidad extracontractual estaba basada en el concepto de culpa: *pas de responsabilité sans faute*. Es decir, se miraba el problema desde el ángulo del autor del hecho dañoso; hoy se lo mira preferentemente del ángulo de la víctima. Así han surgido la responsabilidad por el riesgo creado, la obligación de garantía, la responsabilidad objetiva.

Todo esto ha generado una muy importante evolución conceptual y legal sobre este polifacético tema de las obligaciones.

Los autores tratan con su habitual agudeza el problema de las fuentes. Sabido es que en este punto se sostienen en doctrina muy distintos puntos de vista: desde los que, en un extremo, sostienen que la única fuente de las obligaciones es la ley; hasta el otro, donde están los que encuentran numerosas fuentes: la ley, los contratos, los cuasicontratos, la voluntad unilateral, los delitos y los cuasidelitos.

El positivismo se aferra a la primera posición. No hay otra fuente de obligaciones que la ley. La voluntad de las partes sólo puede crear obligaciones en tanto se funde en la ley, por lo que ésta es la fuente última y verdadera. En este sentido, Tarde dice: «En el momento en que se dice que mi voluntad me obliga, esta voluntad ya no existe; ella me ha devenido extraña, de tal modo que es exactamente como si yo recibiera la orden de otro». Por su parte, Schlossmam sostiene: «No es difícil probar la falsedad de la teoría de la voluntad. Nada hay más variable que la voluntad y el deseo. Mañana yo tendré más experiencia y sin embargo, ¡será la voluntad de hoy la que me dirigirá! ¡Yo estaré obligado a obedecer a un pasado que repudio, del que me arrepiento y que tal vez, encuentre absurdo! Pero ¿con qué derecho este predominio de mi personalidad de un día sobre la del día siguiente? Si no se hace intervenir la idea de necesidad social, protegida por la ley, no se encontrará ningún lazo racional, entre la voluntad individual y la obligación; tan falso es que la una engendra la otra».

EDUARDO CASTILLO FREYRE

Quizás las expresiones más altas de ese positivismo hayan sido Kelsen, en un plano puramente lógico, y Duguit, con un significado político y sociológico, brindando los mejores argumentos jurídicos al totalitarismo marxista. Pero la humanidad tiene una fe ardiente en que el hombre tiene derechos innatos que ningún legislador podría negarle. Es por eso que este positivismo hoy debe considerarse superado. No es verdad que la voluntad del hombre sólo tenga fuerza jurígena porque la ley lo dispone. Ésta no hace otra cosa que prestarle su apoyo; pero su fuerza, su vigor jurídico depende de un derecho natural de los hombres. Por ello, los autores sostienen, con razón, que las fuentes de las obligaciones son dos: la ley y la voluntad.

Otro de los temas tratados con mayor agudeza es el de las obligaciones naturales. Los autores pasan una prolija revista de las opiniones de los más importantes juristas sobre este tema que tantas perplejidades ha suscitado en la doctrina. ¿Cómo se explica que se dé categoría de obligaciones a éstas, que no dan acción al acreedor para exigir su cumplimiento ni permiten imponer sanciones al incumplidor? Este interrogante exige penetrar en su naturaleza jurídica, sobre la cual se han sostenido diferentes puntos de vista:

a) Para algunos autores, se trataría de una deuda sin responsabilidad; para Pacchioni ésta es una de las más claras y felices aplicaciones de la tesis que distingue entre deuda y responsabilidad; b) para otros, las obligaciones naturales serían simplemente deberes de conciencia a los que la ley toma en consideración para hacerles producir ciertos y limitados efectos jurídicos; c) se sostiene también que no hay entre las obligaciones civiles y naturales una diferencia sustancial de naturaleza; en unas y otras hay un vínculo jurídico, sólo que el que corresponde a las segundas es menos eficaz, puesto que no da acción para hacerlas cumplir, pero sí una excepción para retener lo pagado.

La primera de estas teorías describe con acierto los efectos de estas obligaciones, pero no penetra en su esencia; la segunda acierta en cuanto ve en ellas un deber de conciencia; pero en verdad toda obligación supone para el deudor el deber de conciencia de cumplir con lo que se debe; y por lo demás, hay deberes de conciencia que no producen efecto jurídico alguno. Parece preferible, por lo tanto, considerar que no existe entre las obligaciones naturales y las civiles una sustancial diferencia de naturaleza. Hay en las dos un vínculo que produce efectos jurídicos, sólo que en las primeras ese vínculo es laxo, no produce todos los efectos de una obligación civil, sino sólo algunos, de carácter muy reducido. En las obligaciones naturales el deudor ha entendido obligarse jurídicamente; esa obligación tiene una causa legítima, un objeto determinado y preciso, no obstante lo cual la ley no confiere acción al acreedor para exigir su cumplimiento por distintas razones (falta de requisitos formales, exigencias de seguridad jurídica, como ocurre en el caso de las deudas prescriptas, o de moral, como es la inexigibilidad de las deudas de juego). Pero si el deudor cumple, no podrá luego repetir lo pagado aduciendo que su pago carece de causa, puesto que la tiene.

ESTUDIO MARIO CASTIGLIONE EDITOR

Después de considerar éste y otros fundamentales problemas que plantea el gran tema de las obligaciones, los autores entran de lleno al análisis puntual de cada una de las disposiciones del Código Civil peruano. Para desarrollar el *Tratado*, han preferido usar el método exegético. Pero este método, utilizado ya por los primeros comentaristas del Código Napoleón, ha sido enriquecido notablemente por los autores. A cada artículo del Código siguen sus fuentes nacionales, entre las que se computan los códigos, leyes y proyectos de leyes anteriores; luego vienen las fuentes y concordancias extranjeras[3], entre las que se computan prácticamente todos los códigos americanos y europeos. Esto sentado, se hace un prolijo análisis del texto, apoyado en doctrina nacional y extranjera. Finalmente, se enumeran todas las concordancias de la norma comentada con las otras del Código Civil, lo que facilita enormemente la tarea del intérprete, que tiene así aclarado todo el panorama legislativo en torno a la cuestión a que se refiere la norma anotada.

Está de más decir que 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.

Guillermo A. Borda

Buenos Aires, agosto de 1994

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3 Este rubro no forma parte de esta segunda edición del *Tratado* [y tampoco de la tercera edición].

Prólogo a la segunda edición

Hace ya muchos años, poco después de haberme doctorado, un compañero de docencia, el profesor Rubén Moltoni, me solicitó prologase su tesis doctoral.

Era mi primer prólogo y me sentí muy honrado por la distinción que me confería el autor, pero al encarar la tarea pronto comprendí los deberes que ella imponía. En primer lugar, el prologuista necesita consustanciarse con el tema desarrollado en el libro, y para ello es menester indagar con detenimiento su contenido e incluso dialogar con el autor para comprender mejor su pensamiento.

Al mismo tiempo advertí que, primordialmente, además de comentar la obra, era necesario brindar al lector algunos aspectos de la personalidad del autor y, a lo largo del tiempo, cada vez que se me ha confiado esta tarea me he esforzado por incorporar al prólogo una semblanza o, al menos, algunas pinceladas que destaquen características propias del escritor, que permitirán comprender mejor la obra; pero ello obliga a no aceptar hacerse cargo de un prólogo si no se conoce bien a los autores.

Aprendí también en esa oportunidad que, aunque redactar un prólogo nos impone una tarea que demanda tiempo y esfuerzo, que los autores comprenden y agradecen, somos los prologuistas quienes debemos agradecer a los autores, pues nos brindan la oportunidad de ser conocidos por «sus» lectores y llegar a un público que de otra manera no hubiese estado a nuestro alcance, ¡y a los prologuistas nos agrada que las reflexiones que solemos verter en esas líneas sean leídas! ¡Mucho halaga nuestra vanidad pensar que algunos de los verdaderos destinatarios de la obra que prologamos dediquen parte de su tiempo a leer lo que hemos expuesto en esas palabras preliminares!

Y si nos dejamos arrastrar por este deseo, podemos caer en la trampa de creernos verdaderos «coautores» y escribir densos comentarios en los que volcamos nuestras propias ideas como si fuésemos los dueños de la obra prologada. Tampoco debemos limitarnos a la mera descripción de los temas tratados, como si realizáramos una reseña bibliográfica, ni siquiera brindando una crítica, pues en realidad creemos que la valoración de la obra corresponde a cada uno de sus lectores.

A lo largo de los años se me han confiado muchos prólogos y no sé si siempre he superado con éxito los escollos reseñados y, convencido de que cada vez me resulta más difícil, he decidido que éste sea el último que prepare. Para reforzar esa decisión me ha sido muy útil la «carta responsorial» que el ilustre literato español, Camilo José Cela, le dirigió en enero de 1981 a José María Chico, cuando éste le solicitó un prólogo para su obra de Derecho Registral.

Cela, que era miembro de número de la Real Academia de la Lengua, con gran desenfado se negó a preparar el prólogo, enviando al autor una risueña misiva, cuya publicación autorizaba y creo merece se reproduzcan algunos de sus párrafos. Entre otras razones aducía «haber llegado a una edad casi provecta» (por esas épocas tenía 65 años de edad, es decir, bastante menos de los que a mí me agobian con su peso), y agregaba textualmente:

> "[...] también usted sabe que hace cinco años, sobre poco más o menos, me quité de hacer prólogos, aunque a veces incumplo mi propósito [...]", y agrega "ahora estoy en la etapa de quitarme poco a poco de las permanentes incitaciones que nos acechan: hace cuatro años me quité de besar la mano a las señoras; hace tres me quité de fumar; hace dos me quité de comer más de lo que me cabía; y hace uno me quité de pegar patadas a los cubos de basura".

Y concluye afirmando que eso demuestra que uno va para viejo, aunque un cura amigo le aconsejó no dejar los vicios, porque son los propios vicios los que lo van dejando a uno.

Carezco de la gracia y la chispa que caracterizaron a Cela, y que llevaron a hacerlo acreedor del Premio Cervantes y luego del Premio Nobel de Literatura; y mi edad, ya realmente provecta pues he alcanzado 82 años, me permite tomar esta decisión de «quitarme del vicio de escribir prólogos», pero antes debo cumplir con la promesa que en un momento de debilidad formulé a dos buenos amigos peruanos, quizás porque me atrajo una característica poco frecuente en la literatura jurídica: este *Tratado* es el resultado de una larga y fructífera tarea de colaboración entre un maestro y su discípulo, que se ha prolongado durante muchos años, superando lo que en uno de mis escritos firmados por Criticón, denominé «patología del magisterio», que muestra cómo el discípulo cuando quiere, a su vez, llegar a «maestro», para demostrar que ha alcanzado ese nivel, rompe lazos, fustigando agriamente a su maestro, como una forma de reafirmar su independencia. En todos los terrenos de las ciencias se encuentran múltiples ejemplos de esa patología; aquí, por el contrario, el discípulo, Mario Castillo Freyre, continúa trabajando junto a su maestro, Felipe Osterling Parodi, sin que ello le haya impedido alcanzar por derecho propio el reconocimiento de su propio magisterio.

Me cautivó también el hecho de que este *Tratado de las Obligaciones* no está destinado exclusivamente a lectores peruanos, sino que lo inspira el auspicioso propósito de difundirse en toda nuestra América Hispana.

En más de una oportunidad, desde una clase que di el 11 de mayo de 1966 en la cátedra de don Diego Espín Cánovas en la Universidad de Salamanca, en la que traté «El Derecho Civil español y americano. Sus influencias recíprocas», he procurado señalar el estrecho vínculo que nos une con los países hermanos, que a veces suele olvidarse en algunas obras de juristas americanos, deslumbrados por el brillo atractivo de la ciencia jurídica europea, y no se toman en cuenta los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

aportes que se realizan en otros países de América, cuyas condiciones de vida y costumbres sociales son más próximas a las nuestras.

Una de las virtudes de la obra que prologamos, que el lector advertiría de inmediato aunque el prologuista no lo mencionase, es la abundante referencia a autores y leyes de distintos puntos de América, y ese solo hecho bastaría para recomendar su lectura a investigadores y estudiosos.

En estas épocas, en que un mundo globalizado requiere con urgencia se establezcan uniones regionales entre las naciones que tienen la necesidad ineludible de defender sus intereses comunes, esas comunidades, entre las que pueden en América mencionarse la Comunidad Andina, el Mercosur y la Unasur, no deben reducirse a poner su atención en los aspectos de intercambio comercial y económico, sino que deben ineludiblemente extenderla a todas las manifestaciones de la cultura y utilizar el derecho como un elemento unificador que permita la mejor comunicación, entendimiento y armonía entre esos pueblos.

Ésa ha sido la finalidad que inspiró a las Academias de Derecho de Latinoamérica, reunidas en Granada en 1994, a firmar un protocolo de colaboración con el propósito principal de robustecer el papel que en el concierto mundial debe desempeñar el pensamiento jurídico iberoamericano. Nuestra generación ha procurado dar esos pasos y a quienes estamos empeñados en seguir ese camino nos colma de orgullo y satisfacción que dos juristas dediquen sus esfuerzos a hacer efectiva la reconstitución del pensamiento jurídico americano.

Recordemos aquí que el maestro Felipe Osterling ha recorrido con éxito todas las etapas de una intensa vida universitaria, dictando clases y conferencias en las principales universidades de Perú y acompañando ese esfuerzo con la publicación de trabajos que ilustrasen a sus alumnos y fuesen útiles a profesionales y magistrados para la mejor aplicación del Derecho, entre los que podemos computar su tesis doctoral sobre *La inejecución de las obligaciones contractuales*, publicada en Lima en 1967. Yo mismo recuerdo haber empleado en mis investigaciones un ensayo sobre «La mora del deudor», publicado en la Revista *Thémis* en 1987.

En relación con la materia que nos ocupa, debemos recordar que Osterling fue miembro de la Comisión Reformadora y ponente de la propuesta que luego se integró en el Código Civil de 1984, actualmente vigente. Cuando con motivo de la sanción del nuevo Código, la Pontificia Universidad Católica de Perú comenzó con la publicación de una serie de estudios que tituló *Para Leer el Código Civil*, tuvo a su cargo el volumen VI, que trata de las obligaciones, trabajo en el que colaboró uno de sus discípulos, Carlos Cárdenas Quirós y cuya primera edición data de 1988. Todavía no había comenzado el trabajo conjunto con otro de sus discípulos, Mario Castillo, que comenzaría a forjarse luego en el volumen XVI de esa Biblioteca, que consta de dieciséis tomos y se denomina *Tratado de las Obligaciones*, aparecido entre 1994 y 2003 y es otro de los antecedentes de la obra que prologamos.

FONDO EDITORIAL CASTILLO LAUREL

Debo recordar también que Osterling es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, institución que ha presidido durante dos periodos y que su amor por Perú lo llevó a militar en política como integrante del Partido Popular Cristiano, por lo que fue Ministro de Justicia en la segunda presidencia de Belaunde Terry y volcó esa experiencia en una obra muy interesante publicada en 1983 que tituló *En justicia*. Se desempeñó después como senador en el Congreso de la Nación.

Ejerció su profesión con intensidad, destacándose por sus conocimientos y probidad, y formó una familia que lo rodea con el afecto de su esposa y de sus hijos, cada uno de ellos destacado en las actividades a las que se ha dedicado, pudiendo señalarse que uno es el más reputado chef de Perú.

Hemos dicho ya que Mario Castillo Freyre fue uno de sus discípulos y el maestro ha sabido formar con él un equipo de laboriosidad poco común, que se volcó en el *Tratado de las Obligaciones*, con sus dieciséis tomos divididos en cuatro partes. A eso se agregó, posteriormente, un *Compendio de Derecho de las obligaciones*, que apareció el año 2008.

Por su parte Mario, antes de asociarse con su maestro en la labor de publicista, se había destacado en el ejercicio profesional y docente, y como autor se ocupó de aspectos vinculados con la compraventa en los volúmenes XIII y XIV de la mencionada serie, aparecidos los años 1992 y 1993. En años posteriores ha redactado también los volúmenes XVIII (*Tratado de la venta*) y XIX (*Tratado de los contratos típicos*). A todo esto debe agregarse que ha orientado su actividad profesional a la atención de arbitrajes, tanto nacionales como internacionales, y a la organización de jornadas y congresos de esa materia, que se han proyectado en una serie que reúne en varios tomos los estudios que aportaron autores peruanos y de otros países que colaboraron en esa tarea, obras que resultan de gran utilidad tanto para estudiosos como para la práctica profesional. No puedo silenciar que comparte las tareas de su estudio con una compañera joven, bella, inteligente y dinámica: Laura Castro Zapata.

A todo esto debo agregar algo que a mi criterio es digno de encomio: su experiencia y méritos hacen que con frecuencia colegios de abogados y universidades de distintos puntos del Perú requieran su colaboración, para que los ilustre con su experiencia, y él está siempre dispuesto a sacrificar horas de estudio o de reposo para brindarles todo lo que un joven maestro puede dar; en reconocimiento de tantos méritos la Academia Peruana de Derecho lo ha integrado como uno de sus miembros de número.

La sola enumeración de la obra realizada por los autores me ha agotado y no quiero abrumar al lector con divagaciones, por lo que puedo dar punto final a mi último prólogo.

Luis Moisset de Espanés

Córdoba, 10 de junio de 2012

A MANERA DE PRESENTACIÓN

Usualmente cuando se presenta una obra se destacan los antecedentes del autor y se relata también su contenido. He considerado indispensable hacer fundamentalmente lo primero, pues la envergadura de la obra haría que cualquier análisis del contenido resultara insuficiente.

Felipe Osterling Parodi realizó sus estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, siendo el alumno más distinguido de su promoción. Recibido de abogado, hizo estudios de posgrado en la Universidad de Michigan y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y luego, en el Perú, optó el grado académico de doctor en Derecho. Su carrera profesional la inició en el estudio del doctor Félix Navarro Irvine, donde había realizado su práctica. En 1957 fue llamado por su maestro Jorge Vega García para incorporarse al Estudio Olaechea, donde hizo una meteórica carrera de abogado, pasando a ser socio en 1963.

En 1960 fui llamado por el mismo maestro Vega García para incorporarme al Estudio Olaechea, y la oficina en que se me ubicó estaba frente a la del doctor Osterling. De inmediato surgió entre nosotros una recíproca simpatía y amistad que con el correr de los años se hizo fraterna. He sido testigo de excepción del enorme talento del abogado Osterling, así como de su vocación docente.

Desde que lo conocí me di cuenta de que Felipe Osterling era lo que se llama un abogado nato. Dueño de una sólida personalidad, de conocimientos sorprendentes en un hombre de su edad, dotado de una saltante capacidad de diálogo y siempre abierto al cambio de ideas y a la búsqueda de una solución en los procesos y en las gestiones en que interviene, doy fe de que en él se dan el don de la persuasión y la fuerza de la lógica, a lo que une la flexibilidad y comprensión que es propia de las personas de marcada inteligencia. No era, pues, de extrañar que su alma máter, la Pontificia Universidad Católica del Perú, lo llamara a la enseñanza, dictando desde 1957 cursos de Derecho Internacional Privado, Contratos y Práctica de Derecho Civil. Desde 1964 es profesor principal del curso de Derecho de Obligaciones en la Universidad Católica y desde 1988 profesor extraordinario del mismo curso en la Universidad de Lima, siendo un maestro que destaca por sus amplios conocimientos, la profundidad de sus conceptos y una claridad meridiana en el dictado de sus clases. Se cuentan por miles los discípulos de Felipe Osterling que han alcanzado notoriedad en el Foro, y entre ellos está Mario Castillo Freyre, coautor de la obra que estoy presentando.

Profundamente arraigado con su alma máter, Osterling integró la Comisión Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue decano del entonces

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Programa Académico de Derecho desde 1970 hasta 1972, habiendo actuado como representante de los profesores principales ante la Asamblea Universitaria y como miembro del Consejo Económico de la Universidad, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y del Comité Asesor del Departamento de Derecho, cargo este último que hoy nuevamente desempeña.

Todos los egresados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima a quienes conozco me han expresado su admiración por el profesor Osterling, quien en un curso sumamente técnico y abstracto como el de Obligaciones logra despertar el interés de los educandos, gracias a su facultad oratoria y a su fecunda imaginación, que le permiten poner ejemplos muy claros sobre los diferentes temas que integran el Derecho de Obligaciones, bonificado todo ello por ese fino sentido del humor que le caracteriza.

Con el prestigio que tiene como abogado y profesor universitario no llamó la atención que fuese nombrado miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, como representante de la Corte Suprema de Justicia, y en esa calidad, presidente de la Comisión. Hasta ese momento se había avanzado muy lentamente, pero al impulso de la energía del joven presidente hubo un cambio radical que determinó el avance de los trabajos, con base en una metodología distinta. Fue así como entregó, en una hermosa ceremonia, al entonces Presidente del Congreso y senador de la República, doctor Óscar Trelles Montes, en presencia del Presidente de la Corte Suprema de la República, doctor Álvaro Chocano Marina y de distinguidos dignatarios peruanos y extranjeros, el Proyecto del nuevo Código Civil, el 15 de julio de 1981.

Así como Carlos Fernández Sessarego ha entrado a la historia del Derecho peruano como autor del Decreto Supremo n.º 95, de fecha 1 de marzo de 1965, por el que se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, más conocida como Comisión Reformadora, también Felipe Osterling ocupa un privilegiado lugar en el proceso de elaboración de la nueva ley civil, no sólo por la riqueza de sus ponencias, sino particularmente, por el empuje que le dio a la Comisión que presidía hasta cumplir su cometido.

En el cúmulo de coincidencias que me unen a Felipe Osterling está el haber sido nombrados al mismo tiempo asesores legales ad honórem del Ministerio de Marina, en 1972. Fue para nosotros un honor proporcionar nuestros servicios a la Marina de Guerra del Perú, actuando con patriótico celo y coincidiendo siempre en nuestras apreciaciones de Derecho. Como anécdota, puedo citar la férrea posición que asumimos frente al propósito dictatorial que culminó con la apropiación de los medios de comunicación.

Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, Osterling une a sus facultades intelectuales y a sus conocimientos jurídicos una gran capacidad para el consejo y para la celebración de importantes acuerdos, por lo que no fue

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

raro que se le nombrase asesor y director de diversas compañías de importancia, a todas las cuales llegó y llega la voz capacitada y prudente de este notable abogado.

Al triunfar el arquitecto Fernando Belaunde Terry en las elecciones de 1980, y en su calidad de militante del Partido Popular Cristiano, Osterling fue llamado a desempeñar el cargo de ministro de Justicia. Como bien ha señalado Luis Bedoya Reyes «Nuestra historia reservó a Felipe Osterling Parodi un privilegio singular; recrear, volver a fundar, integrando a base de partes sobrevivientes a su desmantelamiento, el Ministerio de Justicia que nació con la República y que la revolución de 1968 decidió suprimir; y devolver en 1980 a ese órgano nacional del espíritu que presidió su acción y que reclamaba el sitio que le corresponde en el aparato estatal del Perú. Cumplida esa tarea fijó rumbo y comenzó una marcha hasta hoy continuada y ampliada por los ministros que lo han sucedido»[4].

Es célebre la frase de Fernando Belaunde Terry: «No dormiré una sola noche en Palacio de Gobierno sin prensa libre».

Al volver el Perú al pleno Estado de Derecho y al ejercicio total de la democracia, existía la absurda y abusiva confiscación de los medios de expresión que no fueron adictos al régimen dictatorial del general Juan Velasco Alvarado. Constituía, por lo tanto, la primera tarea del nuevo ministro de Justicia planear las medidas necesarias para el restablecimiento de la libertad de expresión y difusión del pensamiento y la devolución de los medios de comunicación a sus propietarios. Fui testigo y colaborador de la forma cómo se resolvió este complejo problema, culminando la tarde del 28 de julio de 1980.

A su retiro del ministerio, Osterling retornó al bufete que habíamos formado con Jorge Vega Velasco y Rafael Rosselló de la Puente, y lo hizo con el conocimiento y brillo que le caracterizan, enriquecido por las experiencias vividas en el Ministerio de Justicia y, en términos generales, en el complejo y problemático mundo de la política.

Por cierto que Osterling continuó en la actividad política como dirigente del Partido Popular Cristiano, en el que había asumido funciones de alta responsabilidad. No fue simple coincidencia que el partido lo incluyera en la lista de postulantes a una senaduría, logrando ese cargo con el mayor número de votos nacionales de la lista que integró en las elecciones realizadas en abril de 1985.

Está aún fresca la notable defensa del sistema democrático que hizo este destacado jurista en el Senado de la República, resaltando sus intervenciones en los debates —que transmitió la televisión—, cuando se logró impedir la estatización de los bancos, financieras y compañía de seguros.

4 Bedoya Reyes, Luis. Presentación hecha al libro *En justicia*, de Felipe Osterling Parodi. Lima: Centro de Documentación e Información Andina (Cedei), 1983, p. 9.

Como era de esperar, Osterling volvió a integrar la lista del Partido Popular Cristiano, como postulante a una senaduría, en 1990, cargo que nuevamente obtuvo con la mayor votación nacional, por lo que le correspondió presidir las Juntas Preparatorias del Senado de la República.

Ya llegará el momento en que Felipe Osterling relate los hechos y los problemas que surgieron en la época en que fue reelegido senador y luego, el 26 de julio de 1991, Presidente del Senado. Me consta, y ello es también del dominio público, que hizo grandes esfuerzos para buscar la fórmula que se requería para el sostenimiento de la democracia y del Estado de Derecho, interrumpidos el 5 de abril de 1992.

Al realizar esta semblanza he puesto de relieve las calidades personales del coautor de la obra que presento, así como el retorno del maestro y jurista a la Cátedra y al Foro, pero en calidad de deudor de sus colegas y discípulos; pues, en efecto, faltaba un libro en el que estuvieran recogidas sus investigaciones jurídicas.

Señala Justiniano en las Instituciones (*Instituta*), que «[…] toda obligación se disuelve en lo que se debe» (Libro III, Título XXIX, párrafo inicial).

El trabajo cuya presentación estoy haciendo ha sido el fruto de casi toda una vida profesional y particularmente de dos años de un esfuerzo extraordinario. Ahora, la deuda que tenía el maestro ha quedado pagada con creces al escribir, junto con un valioso discípulo, Mario Castillo Freyre, este notable *Tratado* sobre obligaciones, que es monumental no sólo por su contenido sino por su extensión y su lograda técnica.

Es coautor del *Tratado* uno de los discípulos más calificados de Osterling, Mario Castillo Freyre. Mario Castillo hizo su práctica preprofesional en el Estudio Olaechea (entre los años 1985 y 1988) y es también una persona muy identificada con la Universidad Católica, su alma máter. De estudiante fue elegido y se desempeñó como representante en el Consejo de la Facultad (1985-1987), presidente del Centro de Estudiantes de Derecho (1987-1988) y presidente de la Federación de Estudiantes de la universidad. Castillo desde muy joven dio pruebas de su vocación jurídica y de su capacidad de trabajo, la que se ha visto reflejada al optar con honores sus grados académicos de bachiller y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil en la Universidad Católica, y publicar luego su primera obra titulada *Los contratos sobre bienes ajenos* (1990), que fue seguida por otros dos muy importantes libros de Derecho Civil: *El bien materia del contrato de compraventa* (1992) y *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta* (1993).

Castillo Freyre es profesor fundador de las cátedras de Obligaciones (1990), Contratos Parte General (1991), Contratos Típicos I (1991) y Contratos Típicos II (1993) en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé); además de ser, desde 1993, profesor de Contratos Típicos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, habiendo adquirido

justificado prestigio entre sus alumnos por la profundidad de sus lecciones y el método de su enseñanza. Adicionalmente, la Universidad Católica ha encomendado a Castillo, en el presente semestre académico, el dictado del curso de Obligaciones. Estoy seguro que Mario Castillo se consagra ahora definitivamente como un jurista de gran calidad, al ser coautor de este brillante *Tratado*.

En la actualidad, Castillo ejerce su profesión de manera independiente y se encuentra en la etapa final de instalación de su estudio de abogado.

Una coincidencia adicional entre los coautores y quien escribe estas líneas es que Mario Castillo, así como Felipe Osterling y el autor de esta presentación somos recoletanos.

No es, por lo tanto, casualidad que se hayan unido Osterling y Castillo para preparar este extraordinario *Tratado de Obligaciones*. Es realmente satisfactorio para mí, quien fui el primero en destacar la existencia de una escuela peruana de Derecho Civil, que esta escuela adquiera mayor prestigio con la excelencia de este *Tratado*, que además de ser el más logrado estudio hecho en el Perú sobre las obligaciones, tendrá, sin duda, gran aceptación en el extranjero.

Es conocida la frase de Toulemon «El contrato está en la persona como el esqueleto en la piel». El concepto es igualmente aplicable a las obligaciones. Todos los contratos, sin distinción alguna, contemplan obligaciones en forma de prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

No han faltado autores que afirman que la teoría de las obligaciones debe integrarse en la Parte General del Derecho Civil. Un civilista del relieve mundial de Marcel Planiol ha expresado que si se quisiera organizar para el Derecho Civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, debería analizarse en primer lugar la teoría general de las obligaciones. Cuando el estudiante sepa lo que es un acreedor y un deudor, cómo se es acreedor y cómo se deja de serlo, podrá comprender, sin esfuerzo, las teorías y conceptos que asimila actualmente en forma muy imperfecta. Esta cita, hecha por los autores del *Tratado*, es en realidad excesiva. Como dicen Osterling y Castillo, la teoría de las obligaciones está bien ubicada en el Código Civil de 1984.

Lo primero que debemos destacar en el *Tratado* es el sistema empleado por los autores. En efecto, en una primera parte se ocupan de la teoría general de las obligaciones y en las restantes hacen un profundo y complejo análisis de los 219 artículos que integran el Libro VI de las Obligaciones del Código Civil.

Si la teoría general de las obligaciones es, en opinión de quien hace esta presentación, el trabajo más logrado que se ha escrito en el Perú sobre una materia ordinariamente abstracta y fundamentalmente técnica, y que no tiene nada que envidiar a los tratadistas extranjeros, en la segunda parte del *Tratado*, desde luego, la más extensa, se hace el análisis de cada uno de los artículos del Código Civil peruano en materia de obligaciones, logrando una acabada exégesis del Libro VI.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El método empleado ha sido novedoso, al tiempo que completo. Nunca se habían desmenuzado los dispositivos de un Código tan profundamente. Partiendo de las fuentes nacionales de cada precepto, se pasa a las fuentes y concordancias extranjeras. Luego se analiza cada dispositivo sin dejar escapar ningún elemento ni característica, incluyéndose la jurisprudencia nacional.

Una presentación que ya es extensa no puede entrar a comentar la bondad de la exégesis, ni tampoco sus coincidencias y discrepancias con los más grandes especialistas en obligaciones. Basta, simplemente, señalar que los autores han hecho un trabajo de investigación notable, mostrando un profundo conocimiento del Derecho Civil, con opiniones propias e inéditas en la doctrina peruana y todo ello escrito con gran calidad y bondad de lenguaje.

El *Tratado de las Obligaciones* de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre se ubica, por las razones que he señalado en esta presentación, como una de las más extraordinarias contribuciones al Derecho Civil a nivel mundial. Enriquece con generosidad la doctrina civilista peruana y extranjera, y constituye un aporte que consagra en forma definitiva a sus autores, demostrando plenamente la existencia y avances de la escuela peruana de Derecho Civil.

Max Arias-Schreiber Pezet

Lima, agosto de 1994

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

NOTA PRELIMINAR DE LOS AUTORES A LA SEGUNDA EDICIÓN

Presentamos al medio jurídico la segunda edición de nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*.

La primera edición de la obra se publicó entre los años 1994 y 2003, en cuatro partes, bajo el nombre *Tratado de las Obligaciones*.

La primera parte (tomos I, II III y IV) fue publicada a fines de 1994, precisamente cuando el Código Civil peruano cumplía diez años de vigencia. La segunda parte (tomos V, VI y VII) apareció en febrero de 1996; en tanto que la tercera parte (tomos VIII y IX) vio la luz entre agosto de 1997 y noviembre de 1999. Finalmente, la cuarta y última parte (tomos X, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI) fue publicada en octubre del año 2003.

Esta obra integró una colección bibliográfica muy importante en el Derecho Civil peruano, denominada *Para leer el Código Civil*, ideada por quien fuera ex Decano de la Facultad de Derecho y presidente del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Fernando de Trazegnies Granda. Dicha colección tuvo por objetivo que los diversos profesores de la referida Facultad comentaran los libros del Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año.

Si bien no se completó la tarea de comentar todo el Código, esta fue cumplida en gran parte y la referida *Biblioteca* se convirtió en el estandarte de la difusión de las doctrinas que inspiraron dicho Código, habiendo tenido una amplia difusión en todo el territorio nacional.

Por razones que desconocemos, el Fondo Editorial de la Universidad Católica (ya sin la presencia de Fernando de Trazegnies) tomó la decisión de descontinuar *Para leer el Código Civil*, con lo que los títulos que componían dicha colección o bien pasaron a ser obras independientes dentro del mismo Fondo Editorial o pasaron a ser publicados por otras casas editoriales.

Este último es el caso del *Tratado de las Obligaciones*, obra cuya segunda edición hemos preparado desde hace varios años y que tiene por finalidad difundir nuestras doctrinas de una manera mucho más prolífica y eficaz.

Reconocemos que los dieciséis tomos eran difíciles de conseguir, no sólo por su número, sino porque ellos fueron publicados en cuatro fechas diferentes y la obra, por consiguiente, se comercializó en cuatro momentos distintos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, por las razones señaladas, nuestro *Tratado* no era de fácil consulta y su lectura estaba reservada fundamentalmente a abogados que tenían algún problema jurídico en particular y a escaso número de estudiantes de Derecho.

No obstante, los autores estamos muy satisfechos por la difusión que tuvo aquella obra y por la notable acogida que le dio el medio jurídico peruano.

Ahora bien, como los tiempos cambian y hoy en día se requiere obtener la información de manera más rápida, decidimos —a mediados de la primera década de este siglo— emprender la tarea de escribir un compendio de Derecho de las Obligaciones que resumiera, de la manera más breve, todas nuestras doctrinas y que pudiera constituir —a la par— no sólo un curso universitario sino un libro de consulta para cualquier profesional en Derecho.

Así, publicamos en diciembre del año 2008 nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, obra de mil páginas que ha tenido —y viene teniendo— enorme difusión en el Perú. Hoy en día no existe universidad en nuestro país en la cual los profesores o los alumnos no cuenten con un ejemplar del *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Y ello nos da mucho gusto, pues con esta obra logramos el objetivo de difundir por todo el territorio nacional nuestras doctrinas sobre la materia.

Pero ya era hora de actualizar el *Tratado*. Es así que en los últimos seis años nos dedicamos a la tarea de revisar por completo la primera edición a efectos de publicar una segunda.

No espere el lector que los autores hayan cambiado de parecer u opinión en diversos temas; o que sus doctrinas se asienten en el conocimiento de doctrinas distintas de aquéllas que fueron citadas como respaldo de estas en la primera edición. Somos dos profesores que hemos hecho nuestras determinadas doctrinas y creemos en ellas de manera firme y constante desde hace muchos años.

En el caso de Felipe Osterling Parodi, él viene dictando el curso de Derecho de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde hace más de cincuenta años, habiendo sido maestro de Mario Castillo Freyre, quien lo viene dictando desde hace más de veinte años.

Pero lo que sí hemos hecho es subsanar errores; agregar algunas citas, cuando correspondía hacerlo; eliminar otras en las mismas circunstancias; así como sistematizar mejor el trabajo de la primera edición, algunas de cuyas partes no estuvieron exentas del apremio editorial o de la escasez de tiempo, a efectos de su adecuada corrección.

Nos pareció muy interesante la propuesta formulada por Caballero Bustamante-Thomson Reuters para publicar esta obra y comercializarla no sólo en el Perú sino en diversos países de América Latina. Esto significaba que nuestro trabajo iba a ser más conocido en otras latitudes en las que su lectura se ha circunscrito a determinados ámbitos universitarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, el formato de publicación, limitado a un menor número de volúmenes, permitirá una consulta más ágil de la obra, en comparación con la primera edición.

Como podrá apreciar el lector, hemos mantenido el prólogo del ilustre Guillermo A. Borda, amigo de los autores, quien tuvo la generosidad de dedicar parte de su tiempo a la redacción de unas palabras que precedieron la publicación de nuestro *Tratado*. También hemos mantenido las palabras («A manera de presentación») del maestro Max Arias-Schreiber Pezet, ilustre jurista sanmarquino; a la par que las del notable profesor Fernando de Trazegnies Granda («Nota del editor»), quien acogió con gran entusiasmo la primera edición de la obra y, como antes lo expresamos, era presidente del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Esta segunda edición tiene el prólogo de nuestro amigo, el maestro y jurista Luis Moisset de Espanés.

Debemos recordar que la primera edición contó con la colaboración de diversas personas que efectuaron importantes aportes. Se trata, respetando el orden cronológico en el que intervinieron, de las doctoras María Isabel Vásquez Villacorta, Katherine Chang O'Campo y Verónica Rosas Berastain, a quienes reiteramos nuestra gratitud y de quienes estamos muy orgullosos por los éxitos profesionales y académicos que han obtenido en todos estos años.

Antes de finalizar estas breves palabras liminares, queremos agradecer la prolija labor de corrección que han realizado en la obra la señora Mónica Benavides Segura (quien también nos acompañó corrigiendo la primera edición) y los señores Alex René Ortiz Alcántara y Marco Torres Maldonado.

Esperamos que el *Tratado* cumpla con los objetivos que nos hemos propuesto.

Felipe Osterling Parodi **Mario Castillo Freyre**

Lima, julio de 2013

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palabras liminares a la tercera edición

Han pasado diez años de la muerte de Felipe Osterling Parodi, quien falleció el 30 de agosto de 2014.

Felipe y yo trabajamos juntos en nuestros estudios de Derecho de Obligaciones desde el verano de 1993 hasta semanas previas a su muerte, pues el diez de junio de 2014 presentamos en sociedad la segunda edición de nuestro *Tratado*, la misma que apareció, en seis volúmenes, bajo el sello editorial de Thomson Reuters. La primera había sido publicada entre 1994 y el 2002, en cuatro partes y dieciséis tomos, como Volumen XVI de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*, entonces *buque insignia* del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, colección ideada por quien fuera director del fondo durante varias décadas, profesor Fernando de Trazegnies Granda.

Esta es, pues, la tercera edición de la obra, pero resulta necesario efectuar ciertas precisiones para el lector.

Han sido diez años sin Felipe, cuya ausencia ha dejado un vacío insustituible en el Derecho peruano. La academia, el foro y la vida pública no han encontrado, ni encontrarán, un sustituto del maestro, pues, qué duda cabe, la figura y presencia de Felipe, eran únicas.

En estas páginas debo agradecer a la señora **Josefina Letts de Osterling**, así como a sus hijos **Madeleine**, **Felipe**, **Andrés**, **José Antonio** y **Rafael Osterling Letts**, por el hecho de haberme permitido continuar con la obra del maestro y seguir publicando y actualizando nuestras obras, sin que ellas dejen de decir aquello que escribimos juntos, pero con las necesarias precisiones que todo libro impone realizar por el paso del tiempo.

También quiero agradecer la permanente presencia y ayuda y el inmenso apoyo de **Verónica Rosas Berastain**, socia principal de mi Estudio y colaboradora en la obra definitiva, correspondiente a la segunda edición, en la que se basa esta tercera; y a **Gianella Lezama Coaguila**, por su muy valiosa ayuda en la recopilación y sistematización de la jurisprudencia y normativa legal empleadas en la presente entrega.

Este discurrir de una década entre la edición que terminamos de escribir en el verano del 2014 y que publicamos en junio de ese año, ha determinado la necesidad de actualizar la obra en varios sentidos.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA PEREIRE

En primer lugar, ha resultado indispensable efectuar precisiones en ella, en la medida de que el Código Civil ha sido modificado en numerosas normas, si bien casi no directamente en el libro de Obligaciones, sí en otros libros que han repercutido sobre el texto que terminamos de escribir hace una década. En ese sentido, volver a publicar la obra sin estas precisiones sería poco decoroso frente al lector.

En segundo término, la jurisprudencia ha evolucionado, de tal manera que resultó necesario incorporar nuevas sentencias judiciales que complementan el sentido de las normas en los tribunales de justicia.

Luego, en tercer lugar, hay ciertos extremos del *Tratado* en los que, su relectura, determina que resulte necesario aclarar su sentido, sin desnaturalizarlo, pues el último texto publicado podría aparentar no guardar sintonía con el conjunto de la obra.

En cuarto término, hemos querido incorporar todo un acápite titulado, precisamente, *Felipe Osterling Parodi, el Maestro*, inmediatamente después de estas palabras liminares. En él, incluimos todos aquellos trabajos del suscrito referidos a la vida y obra de Felipe y al Código Civil de 1984, el mismo que, precisamente cumple también este 2024, cuarenta años de vigencia; y en cuya elaboración Felipe tuvo una labor decisiva, pues presidió la Comisión que tuvo a su cargo la elaboración del referido cuerpo legal, además de haber sido el Ponente del libro de Derecho de Obligaciones.

En quinto lugar, hemos incorporado a la obra algunos trabajos sobre Obligaciones que he escrito a lo largo de estos últimos diez años, los mismos que, creemos, sirven para complementar lo escrito junto a Felipe.

En sexto lugar, también hacemos referencia puntual y a pie de página, de aquellas obras, libros y artículos, de materias complementarias al Derecho de Obligaciones, que hemos escrito en esta década y que remitirán al lector a lecturas en sede de Derecho de personas (naturales y jurídicas), Acto jurídico, Derechos Reales, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Contratos Típicos, y otras más, todas las cuales siguen las doctrinas generales plasmadas en nuestro *Tratado*.

Finalmente, hemos incorporado el grueso de todo un acápite, en lo relativo a la clasificación de las obligaciones en aquellas *de medios y de resultado* (criterio que, nosotros, no aceptamos) que fue escrito por Felipe y por mí y que, por descuido sólo imputable a quien escribe estas líneas, no incorporamos en la segunda edición, a pesar de haber sido publicado ya en diversas revistas nacionales desde hacía buen tiempo.

Debemos subrayar que toda precisión posterior a la segunda edición del *Tratado* está señalada expresamente, de manera tal que el lector podrá distinguir con suma facilidad cualquier texto que sea posterior a la misma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La obra del profesor Felipe Osterling Parodi se mantiene plenamente vigente y ella, en todo lo que escribió, constituye un faro que alumbra el camino del Derecho. Como su discípulo y amigo tengo el deber de que las doctrinas de mi maestro sigan siendo conocidas por los jóvenes y que todo el medio jurídico pueda acceder a su consulta de manera actualizada.

Mario Castillo Freyre

Lima, junio de 2024

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

FELIPE OSTERLING PARODI, EL MAESTRO*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

* Las ponencias y semblanzas que forman parte de este acápite se incorporan a la tercera edición del *Tratado*, en merecido homenaje al maestro y coautor de la obra, Felipe Osterling Parodi.

Veinte años de Derecho de Obligaciones[5]

Tiene para mí profundo significado el que se me haya invitado a la ciudad de Arequipa a presentar en sociedad el *Tratado de las Obligaciones*, obra que tuve el honor de escribir durante once años, con el doctor Felipe Osterling Parodi, quien fuera en las aulas universitarias mi maestro de obligaciones y con quien comparto una gran amistad.

Como es de público conocimiento, esta obra fue concluida hace pocos meses y consta de dieciséis volúmenes, cuyos últimos siete tomos constituyen la cuarta y última parte de reciente aparición.

Debo decir que el título que sugerí para la conferencia de esta noche, «Veinte años de Derecho de Obligaciones», pretende sintetizar tanto el significado de la obra que se presenta hoy bajo el auspicio del Colegio de Abogados de Arequipa, así como también los aspectos más saltantes de los veinte años de vida de nuestro Código Civil y los problemas que se advierten del propio Libro de Obligaciones y del articulado relativo a Contratos Parte General de dicho Código.

En lo que respecta al *Tratado de las Obligaciones* debo, en primer lugar, agradecer a Dios por habernos ayudado para que terminemos de escribir esta obra que, como ha sido recordado esta noche, empezamos en 1993.

A pesar de haber desbordado en extensión nuestras modestas pretensiones iniciales, no quiero que la obra sea recordada por ser la más extensa, sino por ser útil.

Aspiro a que esta última parte, que completa el estudio del Libro de Obligaciones del Código Civil, tenga la utilidad que mis colegas y alumnos esperan.

Creo que muchas doctrinas o teorías contenidas en esta obra pueden ser discutibles, como la mayoría o casi todos los temas en Derecho. Sin embargo, pienso que la mayor satisfacción que uno tiene al escribir se presenta cuando la obra reviste utilidad para los lectores.

Un libro cuyo tema no interesa, y que a pesar de ser comprado no es leído nunca, en realidad no es un libro. Esa falta de uso lo convierte en un objeto de

5 Este acápite se basa en el trabajo del mismo nombre escrito por Mario Castillo Freyre y publicado en *El Derecho*. Revista del Colegio de Abogados de Arequipa, n.° 305. Arequipa: Colegio de Abogados de Arequipa, diciembre 2004, pp. 197-207.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

utilería, en un adorno, en un recuerdo o, tal vez en un objeto absolutamente inservible y cuyo valor social es nulo, con prescindencia de sus méritos jurídicos.

Lamentablemente, ése es el destino de muchos libros de Derecho: el de permanecer inertes en un estante de una biblioteca u oficina, teniendo como únicos lectores a esas termitas y a esos ácaros que terminarán de leer algo que no entienden y de alimentarse con un contenido que a duras penas sólo para eso ha sido útil.

Un libro tiene la condición de tal cuando se convierte en amigo del lector, y un libro de Derecho adquiere la condición de libro cuando se convierte en amigo del abogado; y los amigos ayudan a los amigos.

Los amigos están ahí cuando uno los necesita, para un consejo o para una consulta. Los amigos tratan de despejar nuestras dudas. Los amigos siempre están con nosotros.

Y eso es lo que ocurre cuando un abogado necesita de los libros para el ejercicio profesional: que esos libros apoyen las doctrinas que sustentan sus escritos; que esos libros brinden respaldo al pensamiento de los jueces; que esos libros sean un amigo que nos oriente para no errar en el consejo que brindamos al cliente.

En el ejercicio profesional, todos tenemos amigos; amigos de todos los países; amigos que hablan francés, amigos que hablan italiano, amigos que hablan español; amigos del siglo XIX, amigos del siglo XX, amigos del siglo XXI; amigos muertos, amigos vivos; y todos esos amigos están allí cuando necesitamos su palabra y cuando necesitamos su consejo.

Y, al fin y al cabo, cuando uno asume la condición de escritor y de autor de libros de Derecho, aspira a tener la condición de amigo de todos quienes consultan nuestros libros, en sus Despachos Judiciales, en sus Estudios de Abogados o en las Bibliotecas Universitarias.

Se empieza a gestar entre los lectores y uno mismo una amistad invisible, una especie de sociedad secreta entablada con quienes leen lo que uno escribe.

Por lo menos ésta es una de aquellas actividades que no causan daño a nadie, porque si el lector comparte la opinión de uno, la utilizará en beneficio de su causa, y si no la comparte cerrará nuestras páginas con el íntimo deseo de que la próxima vez que las abra encuentre una opinión compartida.

Y, además, los libros de Derecho son una manera indirecta de volverse profesor de todos esos alumnos universitarios a quienes uno no conoce; de todos esos rostros de jóvenes que teniendo algo más de veinte años tratan de abrirse un lugar en un campo tan difícil, en una profesión con tantos retos, en una sociedad con tantos vicios y en un país con tan pocas oportunidades.

Es una manera de multiplicar el tiempo y dialogar con todos esos futuros abogados a quienes de una manera u otra les decimos que el Perú a lo mejor tiene futuro; les decimos que el Perú a lo mejor tiene esperanza, les decimos que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

estamos haciendo el esfuerzo para no condenarlos a que toda su vida estudien en separatas, para no condenarlos a que sus libros sean sólo sus cuadernos y que sus editoriales sean sólo la tinta de sus lapiceros.

Creo que la labor fundamental de nosotros los profesores universitarios es la de hacer nuestro mejor esfuerzo para que, en el ámbito que nos corresponde, el país sea mejor.

Creo que el mejor camino que el mundo académico debe tomar en el Perú es el de construir un Derecho propio. Un Derecho que sin duda tendrá muchísimas imperfecciones y mayor número de defectos, pero que necesariamente tiene que ser visto a los ojos como el Derecho que nos corresponde.

Creo que debemos tratar de solidificar una doctrina que cimiente las bases de un Derecho Nacional.

Creo que el Perú se merece que algún día dejemos de hablar de la Constitución del 93 o de la del 79 para hablar sólo de la Constitución.

Creo que el Perú se merece también que algún día dejemos de poner un año inmediatamente después de hablar del Código Civil, para referirnos solamente al Código Civil.

Es evidente que ningún país puede prosperar, cuando en 183 años de vida republicana hemos padecido doce constituciones; es evidente también que el Derecho peruano no puede prosperar cuando desde que el Código de 1984 cumplió cinco años, ya había gente que quería elaborar uno nuevo.

Es en ese terco esfuerzo en el que nos encontramos. En el esfuerzo de tratar de volver sólido lo endeble. De tratar de hacer grande lo pequeño. De tratar de encontrar prosperidad en el estancamiento.

Creo que al haber publicado la última parte del *Tratado de las Obligaciones*, en realidad no hemos terminado nada, pues el empeño por cambiar al país debe ser un empeño permanente; un empeño que se dé dentro y fuera de las aulas de Derecho.

Por eso, me he permitido efectuar estas reflexiones que no son sino el ferviente anhelo de comprometer al medio jurídico nacional y al del ilustre foro arequipeño, en particular, para que las cosas cambien.

De comprometerlo para que dejemos lo accesorio y pongamos el énfasis en lo principal, para que como colectividad influyamos en la sociedad para que ésta mejore y para poder demostrar a esa misma sociedad que desde el Derecho podemos tratar de hacer cosas positivas por el Perú.

En segundo término, voy a referirme a la importancia de que el Código Civil de 1984 cumpla dos décadas de vigencia.

ESTUDIO MENÉNDEZ CASTILLO FREYRE

Sin duda, ésta es también para mí una ocasión especial, por haberme criado con dicho Código a lo largo de toda mi formación jurídica, habida cuenta de que el Código de 1984 entró en vigencia durante el semestre académico en que empezaba mis estudios de Derecho.

He dedicado algún tiempo de mi vida a comentar y difundir los alcances de ese Código. Por ello, el devenir de este cuerpo de leyes, es algo que siempre me atañe y no quiero dejar pasar esta magnífica oportunidad, no sólo para referirme a los veinte años del Libro de Obligaciones, sino también a los veinte años del Código Civil, a sus avatares y a sus perspectivas.

Como se recuerda, dicho Código fue el resultado del trabajo de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y constituye una obra legislativa —como pocas en el país— lograda con la constancia y el esfuerzo de los más notables profesores peruanos de Derecho Civil.

Ésa fue —a mi entender— la primera gran virtud de la Comisión que presidió el doctor Felipe Osterling Parodi, que elaboró el Código que hoy nos rige: que en esa Comisión no faltaba nadie; y que en las aulas de Derecho no se podía discutir la representatividad de quienes la integraban.

No me cabe duda de que el Código de 1984 significó un avance notable en la legislación peruana, no tan grande tal vez como el que representó el Código de 1936, con relación al de 1852, pero avance, al fin y al cabo.

No obstante ello y como si no hubiesen aspectos más importantes de qué ocuparse, en el año 1992 asomó la idea de que debía discutirse la futura revisión de ese Código en Comisiones de Estudio integradas por profesores de Derecho; y es entonces que comprendí que, más allá de las que se decía eran las intenciones de los propulsores de la idea, lo que se quería era modificar todo el Código Civil, de manera tal que ni siquiera íbamos a encontrarnos en el futuro frente a una «Ley de Enmiendas», sino ante un nuevo Código.

Es también a partir de esa época en que comienza la discusión pública acerca del tema, habiéndose llegado a esbozar diversas posiciones.

Conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de su discusión era artificial; iba constatando que al ámbito académico era el único sector de Abogados al que realmente podía interesar —o no— emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de Abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera todos los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

Pero así, y sin que exista necesidad alguna de llevar adelante un proceso de tal envergadura, ciertos profesores de Derecho se empeñaron en llevar adelante el intento de reforma integral del Código de 1984 y empezaron a jugar el peligroso

juego de dar rienda suelta a sus tentaciones académicas. Muchos abogados y profesores nos encontrábamos atónitos frente a tan temerario proceder.

En aras de la pretendida reforma del Código Civil se han sostenido numerosos argumentos.

Se señaló, en primer término, que desde 1984 hasta la fecha se han producido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritaban una profunda modificación del Código, incurriendo en el grave error de pensar que ésta es la única época en la que se producen avances científicos o tecnológicos.

Tal vez sea la época en que dichos avances se producen con mayor rapidez, pero eso es natural y no significa que todos esos cambios deban tener una repercusión que se manifieste en modificaciones a la legislación civil.

Además, el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de supuestos que se arguyen para tal efecto, están referidos a aspectos muy concretos del Código.

Con este tema debería tenerse extremo cuidado, ya que el Código no debe ser jamás un «manual científico», puesto que si así fuera, en cada ocasión en que se produjesen avances científicos o tecnológicos, tendríamos que recurrir a volver a modificar lo ya modificado.

Si alguna duda tenemos sobre esto, bástenos con constatar lo defectuosos que han quedado los artículos 1374 y 141 del Código, cuando a algunos se les ocurrió —inútilmente— regular de manera expresa la posibilidad de contratar por medios electrónicos, en la ignorancia de que los preceptos del Código permitían —dada su amplitud— contratar desde por señales de humo hasta por correo electrónico y a través de cualquier otro medio novedoso que aparezca en el futuro.

El segundo argumento que se esgrimió en aras de la reforma del Código Civil señalaba que en todos estos años de vigencia del Código de 1984 se habían producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacían necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Si bien es cierto que desde 1991 se produjeron una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código, cabría preguntarse si estas modificaciones fueron acertadas o no. Tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales carecieron de una adecuada meditación, en tanto que otras fueron elaboradas por abogados que carecían de una rigurosa formación civilista.

Temo que ese fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos, como son el pago por consignación, la rescisión y la resolución contractuales.

Como tercer argumento a favor de la reforma del Código Civil, que fuera promulgado cinco años después de entrar en vigencia la Constitución Política de

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

1979, se sostuvo que resultaba necesario adecuarlo a la Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil.

Estimo que éste, al igual que los precedentes, resultó ser un argumento que cayó por su propio peso.

Primero, porque no existe tal contradicción entre la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

No olvidemos que ambas Constituciones (la de 1979 y la de 1993) recogieron similar modelo económico: la economía social de mercado.

Además, el Código de 1984 regula una serie de puntos que, muy por el contrario, representan un avance frente a cualquier doctrina de carácter estatista, como es el caso de la profusa normatividad que recibió un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia ha sido —incluso— elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma del Código, se señaló que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, los que resultaba imperativo enmendar, para que dicho cuerpo legal no perdiese la calidad que tiene.

Ello se decía sin advertir que resulta normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley.

Intentar conseguir un Código Civil perfecto es una fantasía, o, peor aún, una utopía. Sin embargo, el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar.

Pero independientemente de los equivocados argumentos que se esgrimieron a favor de la reforma, hemos constatado en estos veinte años que existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

Es importante entender —de una vez por todas en nuestro país— que el Derecho Civil no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor sólo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad.

Asimismo, debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aún cuando aquello que las impulsa en realidad no es —fundamentalmente— el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

Como segundo argumento para no reformar integralmente el Código, sostenemos que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de discusión doctrinaria que se haya registrado en el Perú, ese proceso aún no es suficiente. Esto resulta obvio porque existen muchos temas sobre los cuales todavía no se ha escrito nada, muchos otros sobre los que se ha escrito muy poco y solamente algunos pocos sobre los que se ha escrito en proporciones medianamente razonables.

En tercer lugar, debemos resaltar que hoy en día no existe el consenso requerido para modificar integralmente el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico está dividido en diversas posiciones: aquella que encarnan quienes buscan elaborar una Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición, encarnada por quienes apuestan por un Código Civil absolutamente novedoso, tan novedoso que tal vez implique la desaparición del propio Código Civil y la implantación de una anarquía jurídico-económica; y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquellos que estamos convencidos de que la reforma integral es el peor de los caminos y que —más bien— el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución.

De continuar con el empeño de modificar todo el Código, nuestro medio jurídico correrá el grave riesgo de que luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo que tengamos, en un breve lapso, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la seguramente defectuosa Ley de Enmiendas.

Sin duda, esta sería una especie de *historia sin fin*.

Algunos creen que se debe introducir permanentemente en el Código Civil, cuanta teoría y principio sofisticado exista.

Muchas de esas teorías son lo que los profesores franceses del siglo diecinueve denominaban *sutilezas de escuela*, de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero —aun así— de manera tangencial, pues harían que si destináramos más tiempo para su debate, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograremos simplemente que pierdan el tiempo.

Me imagino que si —dentro de esa óptica equivocada— se llegara a elaborar un nuevo Código Civil, éste pecaría al extremo de convertirse en un precario y discutible manual de Derecho. Con él llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil.

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez Fernando de Trazegnies, de que los Códigos no deben cambiarse a cada rato; porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

FONDO EDITORIAL

Ahora bien, más allá de mi perspectiva en torno a estos veinte años del Código Civil, debo abordar también, conforme a la invitación formulada por el Colegio de Abogados de Arequipa, el tema puntual del Libro de Derecho de Obligaciones.

Voy a referirme a esta materia, haciendo alusión —de manera paralela— a aquellas propuestas que se han formulado en las últimas dos décadas, señalando los rubros que considero intrascendentes, así como aquellos que estimo relevantes y dignos de discusión.

El Libro de Derecho de Obligaciones es, sin lugar a dudas, el más sofisticado del Código Civil, regulando materias cuya especialidad no siempre ha formado parte del conocimiento general.

Es más, el Libro de Derecho de Obligaciones es el que menos sugerencias o propuestas de modificación ha recibido en estos veinte años, tal vez porque sea el más logrado del Código.

Sin embargo, se han venido sosteniendo ciertas ideas cuyo juicio de valor quiero compartir con ustedes.

La «obligación» puede denominarse también «relación obligatoria», subrayando la existencia del vínculo jurídico creado entre las partes. Sin embargo, no sería razonable plantear, como sí lo han hecho algunos profesores, modificar en el texto del Código la palabra *obligación* por la frase «relación obligatoria».

Además, este planteamiento llevaría a variar el texto de muchísimos artículos del Código Civil, evidentemente de manera innecesaria.

Dentro de esa línea de pensamiento, hay personas que también han propuesto modificar las expresiones «obligaciones de dar» por «relaciones obligatorias con prestación de dar», «obligaciones de hacer» por «relaciones obligatorias con prestación de hacer», «obligaciones de no hacer» por «relaciones obligatorias con prestación de no hacer», «obligaciones alternativas» por «relaciones obligatorias con prestaciones alternativas», «obligaciones facultativas», por «relaciones obligatorias con facultad de sustitución», «obligaciones divisibles» por «relaciones obligatorias con prestaciones divisibles», «obligaciones indivisibles» por «relaciones obligatorias con prestaciones indivisibles», «obligaciones mancomunadas», por «relaciones obligatorias parciarias» y «obligaciones solidarias» por «relaciones obligatorias solidarias».

Aunque suene increíble, todos estos cambios han sido sugeridos por profesores de Derecho de manera formal desde 1992, para modificar innumerables artículos del Libro de Obligaciones.

Es evidente que tal proceder resultaría innecesario, pues todos identificamos a la obligación con la relación obligatoria; porque el medio jurídico nacional, más allá de tecnicismos, sabe perfectamente en qué consiste una obligación mancomunada, y no vamos a cambiar su nombre, motivados por algún prurito perfeccionista;

así como tampoco vamos a ceder y cambiar el nombre de las obligaciones facultativas por «obligaciones con facultad de sustitución», como si alguien pudiera imaginar que la obligación facultativa es aquella que otorga al deudor la facultad de cumplir o no cumplir con lo debido.

Por otra parte, se ha criticado que el «reconocimiento de las obligaciones» reciba tal denominación, sosteniéndose que debería cambiarse su nombre por el de «reconocimiento de la deuda». Resulta evidente que el reconocimiento es efectuado por el deudor, y por tanto éste reconoce la existencia de una deuda, pero igualmente resulta obvio que al reconocer la deuda está reconociendo la existencia de una obligación, pues es imposible reconocer una deuda sin que exista crédito; y si hay deuda y crédito, hay obligación.

Tampoco estamos de acuerdo en cambiar el nombre de «intereses compensatorios por el de intereses retributivos», ya que ello generaría confusión en un tema por demás complicado.

De otro lado, e independientemente de la discusión sobre la naturaleza jurídica del pago indebido, es claro que existen suficientes razones como para sostener que aquél deba ser considerado como una especie de pago, tal vez como una faceta deformada del propio pago. Sin embargo, no por el hecho de que exista una teoría que sostenga que el pago indebido es fuente de las obligaciones, vamos a tener que modificar su articulado y ubicarlo en el Libro de Fuentes de las Obligaciones, llamándolo con el exótico nombre de «desplazamiento patrimonial indebido».

Todo lo mencionado constituye buena parte de lo que algunos profesores —en los últimos quince años— han planteado modificar en lo que respecta al Libro de Obligaciones. Consideramos que esas propuestas constituyen fundamentalmente sutilezas impropias de cualquier reforma legislativa seria.

Debemos reiterar nuestra convicción de que para que los abogados sigamos ejerciendo normalmente la profesión, no es necesario modificar el Libro de Derecho de Obligaciones.

Sin embargo, existen determinados temas cuya regulación actual en el Código ha merecido y puede seguir mereciendo cierta discusión o debate académico, con la finalidad de advertir necesarios criterios o pautas interpretativas.

Uno de los temas que ha merecido y debe merecer la atención de los estudiosos del Derecho es el relativo a las normas de concurrencia de acreedores, frente a un paralelo análisis de la conveniencia de mantener o no el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble.

Con respecto a las obligaciones divisibles e indivisibles, tal vez resultaría conveniente perfeccionar el contenido del artículo 1174 del Código, relativo a la oposición del beneficio de la división, para que resulte plenamente coherente con el Derecho Sucesorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En torno a las obligaciones mancomunadas y solidarias, creemos que el punto central sobre el cual podría girar una discusión es el relativo al texto del segundo párrafo del artículo 1181, norma de economía legislativa que peca por exceso, y también por defecto, al referirse al tratamiento legal de una obligación solidaria que también sea indivisible.

En lo que respecta a la cesión de derechos, consideramos que los preceptos que integran el respectivo Capítulo se concentran fundamentalmente en la cesión de créditos, faltando —a lo mejor— alguna norma que precise con mayor claridad el tema de la cesión de derechos no crediticios.

Pensamos que las normas que contiene el Código Civil sobre pago de intereses resultan adecuadas, estableciendo criterios amplios como para que dichos preceptos tengan vigencia, independientemente de la política que sobre los mismos adopten el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Reserva. Creemos que dichas normas han demostrado sus bondades al resistir el embate que supuso el régimen vigente de tasas máximas y tasa legal efectivas y referenciales, en lugar de las tasas nominales y fijas que tenían vigencia al momento de la promulgación del Código Civil. Sin embargo, no descartamos que resulte útil estudiar la aplicación conjunta de todos los dispositivos legales sobre el particular.

En lo relativo al pago por consignación, sí consideraríamos necesario revisar la mayoría de preceptos introducidos al Código Civil por el Código Procesal Civil en el año 1993. Sin duda, las normas originales de esta materia eran muy superiores a las vigentes, en especial en lo relativo al absurdo artículo 1252 actual, que distingue el ofrecimiento de pago judicial y el extrajudicial en una serie de supuestos de fantasía.

En cuanto a la transacción, nos encontramos de acuerdo con el articulado vigente, pero consideramos que el artículo 1303, para evitar problemas de orden práctico, no debería imponer a las partes la necesidad de que renuncien a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, sino más bien debería indicar que la transacción, por su naturaleza, implica tal renuncia.

En torno a la mora, como sabemos, en el Perú existen dos regímenes distintos, pues el Código Civil regula en su artículo 1333 —como regla general— a la mora por intimación o requerimiento, estableciendo cuatro supuestos de excepción relativos a la mora automática.

Por su parte, el Código de Comercio establece en su artículo 62 —como regla— a la mora automática, señalando en su artículo 63 dos supuestos de excepción de mora por intimación o requerimiento.

No nos aturde esta dualidad en cuanto al régimen de la mora, por cuanto cada uno de los referidos rubros tiene un ámbito de aplicación específico, además del hecho de no estar convencidos de las bondades de aplicar la mora automática de

manera generalizada. Sin embargo, éste es uno de los temas que amerita seguirse debatiendo, como ha ocurrido desde 1984.

Finalmente, resulta clara la necesidad de volver más eficaz el régimen de la cláusula penal, ya que si bien el conjunto de normas que regulan este tema es bastante claro, la utilidad de la figura se ve desvirtuada por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1346, precepto que dispone que el juez a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva. Es claro que si la pena puede reducirse, entonces volvemos al problema que se quiere evitar con la cláusula penal, que es —precisamente— el relativo a la probanza de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

No obstante, estas críticas no deben conducimos al facilismo de promover la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal, pues resulta evidente que ella debe poder ser reducida en casos de cumplimiento parcial tardío o defectuoso, cuando dicho cumplimiento hubiese sido de alguna utilidad para el acreedor.

Tampoco es el caso de suprimir una injusticia, para crear una nueva.

De otro lado, en materia de Contratos Parte General, estimo, igualmente, que la mayoría de propuestas de modificación que se han formulado tienen carácter accesorio.

Desde hace muchos años se ha sostenido, en afirmación que compartimos, que el artículo 140 del Código Civil, relativo al concepto de acto jurídico, es redundante con lo establecido en el artículo 1351, precepto que recoge el concepto de contrato. Si bien es cierto que lo óptimo hubiese sido que la norma contractual estuviera redactada como especie del género acto jurídico, el que no se haya procedido de esa forma no resta en nada mérito al acertado concepto de contrato contenido en el Código Civil.

De otro lado, es cierto que en el Código existen algunas normas en donde se confunden los términos de «celebración» del contrato con el «perfeccionamiento» del mismo, vale decir, con la aptitud que tiene el contrato para surtir efectos. Si bien es cierto que ambos conceptos son distintos, estimamos que no constituye obstáculo mayor el que en ciertos artículos se hayan señalado estos términos de manera errónea, pues en la inmensa mayoría de casos es claro el sentido de las normas.

En lo que respecta a la rescisión y resolución contractuales, el tema se encuentra regulado por los artículos 1370, 1371 y 1372 del Código. Estas normas, de por sí defectuosas en origen, se vieron empeoradas por las modificaciones que introdujo en el artículo 1372, el Código Procesal Civil.

Sin duda, la intención del legislador de 1984 de distinguir teóricamente la rescisión de la resolución, tuvo una finalidad eminentemente didáctica, de acuerdo con la doctrina europea moderna.

ESTUDIO VARELA CASTRO ABOGADOS

Sin embargo, esta distinción trajo serios inconvenientes prácticos, pues el Código de 1936 abordaba el tema bajo el nombre genérico de rescisión.

No es el objeto de este estudio entrar al detalle de cada uno de estos temas, pero hace años he llegado a la convicción de que, más allá de algunas sutilezas de orden teórico, los efectos y características de la rescisión son similares a los de la resolución, siendo conveniente en este caso, repensar en serio la posibilidad de unificar su tratamiento bajo la palabra «rescisión» evitando la confusión terminológica a la que se ha llevado al medio jurídico y en la que el propio Código varias veces incurre.

Dentro de las propuestas de modificación a la Parte General de Contratos se ha dicho —de manera persistente— que resulta necesario establecer en lugar de la expresión «resolver el contrato», la frase «resolver la relación contractual», en el entendido de que, de acuerdo a las teorías más avanzadas, el contrato se agota en el momento de su celebración y lo que subsiste es la relación contractual creada por él. Si bien es cierto que la afirmación es verdadera en el plano teórico, ella carece en lo absoluto de importancia práctica y menos aún la tiene como para conducir a una reforma legislativa en tal sentido, la misma que —de producirse— no haría sino alterar inútilmente decenas de artículos del Código.

Las normas atinentes al objeto del contrato gozan de una adecuada redacción, la misma que, en todo caso, sería susceptible de mejorarse para evitar que cada contrato típico trate sobre el particular.

La excesiva onerosidad de la prestación podría merecer ciertos afinamientos, pero siempre debería verse desde la óptica de considerarla como una figura absolutamente excepcional y uno de los últimos remedios a los que se puede recurrir para evitar inequidades contractuales.

Lo mismo podemos decir de la lesión.

En lo que respecta al contrato a favor de tercero, las imperfecciones que presenta este Capítulo son excusables si tenemos en cuenta la escasa importancia de la figura, la misma que se presenta fundamentalmente en el plano del Derecho de Seguros, área en la cual —por lo demás— no se pueden aplicar varias de las normas del Código Civil, ni tampoco importa.

Aún más escasa es la presencia práctica del contrato por persona a nombrar y de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por último, debemos expresar que el doctor Manuel de la Puente y Lavalle ha formulado una propuesta muy minuciosa de adecuación o «puesta al día» de la Parte General de Contratos, la misma que no constituye una reforma integral propiamente dicha, pues fundamentalmente corrige algunos escasos errores que tuvo esta parte del Código, que se basó en las doctrinas del propio De la Puente contenidas en su brillante tesis doctoral de 1979, titulada *Estudios sobre el contrato privado.*

En lo que respecta a los contratos típicos, la mayoría de propuestas modificatorias ha girado en torno a introducir en el Código Civil una serie de contratos nominados adicionales a los ya existentes, que suelen ser llamados «contratos modernos».

Si se optase a largo plazo por el camino de elaborar un Código que unifique los Derechos Civil y Mercantil, vale decir, por un Código de Derecho Privado, ello tendría una justificación teórica, mas no práctica, pues dichos contratos evolucionan día a día y —como todos sabemos— las pautas de su configuración y desarrollo no las marca nuestro país.

En tal sentido, sería lamentable observar que en el Perú se encasille —inútilmente, por una simple tentación académica— el tratamiento legislativo de mecanismos tan dinámicos de contratación.

Además —en último caso y si se les desea regular—, no debería descartarse la posibilidad de hacerlo en leyes especiales —más flexibles, por naturaleza, que un Código Civil—.

No creo que se esté pensando en que cada vez que el Derecho cree un nuevo contrato exista la imperiosa necesidad de legislar sobre él.

Pero lo que en realidad más nos preocupa, es el hecho de que la doctrina peruana no haya estudiado a profundidad los contra tos típicos que ya regula el propio Código.

Observamos que existe la intención de regular contratos nuevos sin haber explicado al medio jurídico el alcance de los contratos tradicionales.

Así, desde 1984, en todo el Perú sólo se han escrito cuatro o cinco obras que estudien todo el contrato de compraventa, dos que estudian la permuta y dos que abordan el suministro; pero podríamos preguntarnos ¿cuántos libros se han escrito sobre los contratos de donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje, locación de servicios, obra, mandato, fianza, renta vitalicia, juego y apuesta?

Me temo que la respuesta a esta pregunta es muy dura: prácticamente no se ha escrito casi ningún libro.

En lo personal, he podido estudiar y publicar obras sobre seis contratos típicos: la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo y el arrendamiento; y en esos libros, sin duda, he formulado críticas al texto del Código Civil.

Sin embargo, considero, al igual que lo expresé en su debido momento, que esas críticas requieren ser acompañadas por el estudio que sobre estos temas efectúe el medio jurídico nacional en su conjunto.

Sin duda, habría muchas normas que podrían perfeccionarse en un futuro, pero para discutir sobre el particular quisiera que los libros y artículos de mis colegas también nos sirvieran a todos como punto de obligada discusión y referencia.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

En fin, reitero mi convicción de que el proceso de reforma de un Código Civil no se gesta por imposición ni por la existencia de comisiones oficiales. La reforma integral del Código peruano, si ella se llega a producir algún día, debe ser fruto maduro de un largo y natural proceso de evolución del Derecho nacional. Antes de que ello ocurra sólo podremos hablar de opiniones, pareceres, pero no de una necesidad profunda e irrefrenable de todos los abogados y de la sociedad, camino al cambio de la segunda ley más importante de la República, después de la Constitución, pero aquella ley que por tradición e historia siempre ha sido mucho más estable que las propias Constituciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La importancia del Derecho Civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía[6]

Sumario: 1. Palabras liminares.— 2. El Derecho Civil como concepto.— 2.1. La división del Derecho Público y el Derecho Privado.— 2.2. El Derecho Privado y el Derecho Civil.— 2.3. La supletoriedad del Código Civil.— 2.4. El Derecho Civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad.— 3. La relación del Derecho Civil con las áreas del Derecho especializado.— 4. La relación del Derecho Civil con el Derecho Público.

1. Palabras liminares

El Derecho Civil constituye el tronco común de innumerables especialidades modernas.

Y esta importancia no se explica, evidentemente, por la pirámide de Kelsen, ya que la norma jerárquicamente más importante es la Constitución Política del Estado.

Sin perjuicio de ello, no hay que olvidar que desde hace algunas décadas existen ciertas doctrinas que han venido minando —deliberadamente— la imagen del Derecho Civil, so pretexto de que se trata de visiones tradicionales del derecho que ya han sido superadas por la economía y por el mundo moderno. Es el caso del análisis económico del Derecho.

Además, son numerosas las materias que han merecido regulación particular, fuera del Código Civil.

Sin embargo, a decir de Ramos Núñez, «Si la centralidad y el protagonismo de los códigos han cedido ante la acelerada producción normativa de carácter especial, éste parece ser un dato más bien registrado por el jurista con sensibilidad

6 Este acápite se basa en la ponencia del mismo nombre escrita y pronunciada por el doctor Mario Castillo Freyre en la ciudad de Oviedo, Asturias, España, el 15 de febrero de 2012, en el acto solemne de incorporación del autor como Académico Correspondiente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2016, volumen 35, pp. 31-51.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

sociológica, antes que por los finos cultores de la dogmática y su numeroso séquito de abogados, jueces y estudiantes».[7] (El subrayado es nuestro).

La cita no hace sino reafirmar la importancia del contenido dogmático de las instituciones del derecho, en especial del Derecho Civil,[8] en comparación con la mera función práctica de las circunstancias propias del momento. Es decir, si bien hoy en día algunas especialidades del Derecho pueden estar en su apogeo, ello es sólo parte del presente, pero no necesariamente del futuro, pues los cambios de la sociedad como producto de la interacción o relación social, seguirán produciéndose constantemente.

No sucede lo mismo con el Derecho Civil en estricto, que brinda las herramientas necesarias para moldear las relaciones de los sujetos, que darán lugar a las especialidades del Derecho del futuro.

Entonces, debemos preguntamos, qué clase de profesionales en Derecho buscan formar las universidades: unos abogados útiles sólo para el presente, o abogados útiles para el presente y para el futuro.

Tenemos la firme convicción de que el abogado, no sólo debe ser un buen operador práctico de las normas, sino un buen crítico, intérprete y constructor de éstas.

2. El Derecho Civil como concepto

El maestro peruano José León Barandiarán señalaba que el concepto de Derecho Civil debe partir de la definición del concepto de Derecho, definiendo a este último como la «normación jurídica»[9] y, definiendo al Derecho Civil como una de las ramas del derecho que tiene que ver con «todo lo que se refiere a la persona (individual o colectiva), en lo atinente a sus situaciones y sus relaciones jurídicas dentro del campo del Derecho Privado y, por ende, aquél concierne al *status* mismo del ente humano, en cuanto a todos los ámbitos que le son propios.

La definición de León Barandiarán es acertada, pues pone en evidencia cómo el Derecho Civil es un derecho que acompaña al ser humano incluso desde antes de su nacimiento —desde su calidad de concebido— hasta después de la muerte

7 Ramos Núñez, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma.* 1.ª edición. Lima: Ara Editores, 1996, p. 72.

8 Debemos anotar que el autor señala que el análisis de su libro está basado principalmente en el Código Civil.

9 León Barandiarán, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano.* Lima: s.n., 1973, p. 13. El citado autor, en la página 8 de su obra, se refiere a las notas tipificantes de las normas, señalando que: «Toda norma tiene índole social, a virtud de que rige la vida en relación intersubjetiva de los hombres. Toda norma respecta a una relación de sujeto a sujeto, aun la norma moral [...] pese a cierta característica intimista de ella. Toda norma indica cómo debe proceder dentro de una determinada situación existencial. Por lo tanto, la norma sólo puede concernir al ente humano. Únicamente éste es libre y consciente para resultar regido por lo que es una determinada normación y, por ende, sólo él es un sujeto responsable al respecto».

—a través del Derecho de Sucesiones—, demostrando que es un tronco completo del Derecho en general.

Sin embargo, discrepamos del citado profesor cuando anota que el Derecho Civil no regulará los contratos que caigan dentro de algún derecho especial. Ello no es del todo cierto, pues, como veremos más adelante, muchos de los contratos propios de las ramas especiales del Derecho, no sólo terminan por remitir expresamente como norma supletoria al Código Civil, sino que aun cuando las normas especiales no remitan sus contratos a las normas civiles, el título preliminar del Código Civil de mi país y el artículo 1353 de este cuerpo normativo, terminan por imponerse a las mismas como legislación supletoria, evidenciando que constituye el tronco común de muchas de las especialidades.

2.1. La división del Derecho Público y el Derecho Privado

La historia del Derecho nos cuenta que el nombre de «Derecho Civil» proviene de *ius civilis*[10] y que en Roma era posible encontrar al interior del *Ius Civile* instituciones privadas como la familia, la propiedad, la herencia, entre otras; pero también instituciones sobre materia penal o administrativa;[11] es decir, era un Derecho tanto privado como público; era —en otras palabras— un Derecho general.

Luego, con la evolución del *Ius Civile*, comenta Vidal Ramírez[12] —citando a Puig Brutau—, fue concebido por los prácticos como el Derecho Privado procedente de cualquier fuente; ello, en oposición a la parte del sistema jurídico referente a los intereses del Estado, distintos de los del individuo.

Cuando se inicia la era de la codificación, el Derecho romano queda referido al Derecho Civil, identificando a éste con el Derecho Privado, como propio de los intereses de los particulares y trazando una distinción con el Derecho Público o del Estado.

Sin embargo, nos preguntamos, hasta qué punto es viable que esta división entre el Derecho Público —entendido como aquellas reglas relativas a la organización del Estado, a su funcionamiento, a sus servicios públicos, y a aquéllas que se refieren a las actividades en las que participa el Estado—[13] y el Derecho Privado —aquél que regula las relaciones de los particulares entre sí, colocados

10 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, p. 22.

11 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid: Tecnos, 2002, vol. I, pp. 33-34. Citados por Landa Arroyo, César. «Constitución y Derecho Civil: una lectura constitucional del Título Preliminar del Código Civil». En *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi.* Lima: Palestra Editores, 2008, p. 216.

12 Vidal Ramírez, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales.* 1.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1992, p. 15.

13 Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho.* 4.ª edición. Traducido por Julio Ayasta González. Lima: Editora y Distribuidora Edinaf, 1990, pp. 15-16.

ESTUDIO MARIO CASTRO FRANCO

en un nivel de igualdad jurídica al abrigo de toda injerencia de una autoridad pública— se mantenga.

La respuesta no parece ser tan clara, más aún si se tiene en consideración que hoy en día ambas ramas del derecho se necesitan y complementan. Así, sin ir muy lejos, hoy en día el Estado (principal sujeto del Derecho Público) celebra contratos privados con los particulares, actuando en la misma condición de éstos, haciendo del Código Civil parte de sus normas regulatorias. Así también, el Derecho Tributario, rama propia del Derecho Público, necesita del Derecho de Personas para identificar las categorías de sus rentas, sólo por citar dos ejemplos.

Más adelante trataremos con mayor detalle las relaciones del Derecho Privado con el Derecho Público.

2.2. El Derecho Privado y el Derecho Civil

Cuando se habla de Derecho Privado, se piensa en el Derecho Civil; y es que el Derecho Civil —como indica Du Pasquier—,[14] no sólo es la «rama principal»[15] de éste, sino que es el derecho que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, la situación jurídica del ser humano respecto de sus semejantes y respecto de las cosas.

De hecho, como bien lo reconoce Fernando Vidal,[16] la opinión dominante identifica al Derecho Civil con el Derecho Privado; ello, como consecuencia —según sostiene— de la absorción del derecho mercantil por el Derecho Civil, y porque el Código de Comercio (en el caso de mi país, el Perú), que contenía las figuras propias del Derecho Mercantil, ha venido siendo derogado en varios de sus títulos; ello, además del desuso y la proliferación de normas especiales que regulan lo que antes éste contenía.

A esto, debemos agregar que la identificación del Derecho Civil con el Derecho Privado radica principalmente en la autonomía de la voluntad del individuo, la misma que constituye fuente de todas las relaciones jurídicas que el individuo quiera entablar, concepto que tiene su más amplia regulación y fuente en el Código Civil.

En efecto, no se puede negar que el contrato de seguro (regulado en el Código de Comercio[17]), el contrato social para constituir una empresa (regulado en la Ley General de Sociedades), el contrato de transporte y otros contratos hoy regulados

14 Así describe Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, p. 20, el concepto del Derecho Civil.

15 Optamos por poner la frase *rama principal* entre comillas porque somos de la idea de que el Derecho Civil no es una rama del Derecho Privado, sino que es el Derecho Privado, tronco de otras áreas especializadas del Derecho.

16 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 39.

17 A partir del año 2012 el contrato de seguro paso a estar regulado en una ley especial, la Ley n.° 29946.

por leyes especiales, lleven implícito el concepto de autonomía de la voluntad del individuo, el mismo que regulará sus intereses de acuerdo a un plan programático. Por tal razón es que las normas del Derecho Civil, se hacen supletorias de aquellas relaciones reguladas por leyes especiales.

2.3. La supletoriedad del Código Civil

La supletoriedad del Código Civil peruano es reconocida expresamente por el artículo IX de su Título Preliminar, cuyo tenor establece que «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

La supletoriedad supone no sólo buscar una solución al vacío legislativo a través de otras normas de carácter más general, como las contenidas en el Código Civil; sino que además implica afirmar que el Derecho Civil es una legislación básica, común como norma tipo.

Reafirmando el contenido del artículo IX del Título Preliminar, el artículo 1353 del Código Civil peruano otorga carácter vinculante y supletorio al Libro de Fuentes de las Obligaciones y a todos los contratos de Derecho Privado (entiéndase no sólo los típicos y nominados del Código Civil, sino también aquellos atípicos y aquellos innominados).

Lo que busca el artículo 1353 del Código Civil es que los preceptos de la parte general de Contratos sean aplicables a la mayor cantidad posible de relaciones contractuales, con el propósito de que dichos preceptos puedan normar —sea con carácter imperativo o dispositivo— de la mejor manera posible, dichas relaciones jurídicas; lo cual reafirma —una vez más— el carácter troncal del Derecho Civil.

Dentro de esta perspectiva, la lectura del artículo 1353 permite aseverar que el mismo constituye una disposición aplicable al contrato como categoría general y abstracta.

Sobre ello, Messineo[18] enseña que «existen principios comunes a todos los contratos, en cuanto cada figura particular de contrato participa, no obstante, de una común naturaleza y estructura con todas las demás figuras particulares del contrato». Es lo que el profesor italiano llama «paradigma abstracto y general», o sea la existencia de elementos formales constantes en todos los contratos.

Y es que, justamente, la constancia de estos elementos comunes, es a razón de que las ramas especiales del Derecho Privado, que regulan contratos especiales, tienen su origen en el Derecho Civil.

18 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, pp. 1 y ss.

Asimismo, sostiene que existen normas particulares de cada contrato particular, que rigen para éste y no para los demás.

En efecto, si nos ponemos a pensar, todo abogado que ejerza la profesión en Derecho Privado y aun aquéllos que ejerzan en Derecho Público, necesitará tener claros los conceptos básicos del Derecho Civil para poder asesorar a sus clientes en la celebración de contratos.

Por ello —manifiesta De la Puente y Lavalle—,[19] «cuando se trata de cada contrato en particular habrá que tomar en consideración, en primer lugar, los principios comunes, como son su obligatoriedad y su efecto entre las partes que lo celebran [...]», porque como bien señala, son principios comunes a todos los contratos, aun los regulados en normas especiales.

Por último, debemos subrayar que si bien queda claro que las normas de la parte general de Contratos se aplicarán a los contratos típicos y atípicos, también resultarán aplicables las disposiciones generales de Acto Jurídico, Derechos Reales y Derecho de Obligaciones, constituyendo —todas ellas— un necesario e indispensable conjunto normativo que hará que las normas especiales regulen con mayor fluidez los contratos de los derechos especiales, pues las mismas proporcionan herramientas conceptuales básicas aplicables a otras áreas del derecho.

Por esta razón, se afirma que la supletoriedad no sólo reconoce la existencia de un Derecho especializado, sino que termina por reafirmar al Derecho Civil como base de las subespecialidades, reconociendo así que los principios esenciales en los cuales se basa se originaron en el Derecho Civil.

En esa misma línea de pensamiento, Pietro Rescigno[20] sostiene que el Derecho Civil es fuente primaria del Derecho Privado común, de modo tal que el mismo no es meramente supletorio de un sistema de leyes especiales, sino que termina siendo la fuente primaria y jerárquicamente superior de las otras, pues finalmente las relaciones privadas surgidas en el marco de las normas especiales, terminan por subordinarse a las normas imperativas del Derecho Civil.

2.4. El Derecho Civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad

Siendo la persona humana el centro del Derecho Civil, no sólo han de interesar a éste las relaciones comerciales que entable con otros, pues ha de tratarlo como individuo en sus distintas facetas.

Por ejemplo, en su faceta de origen como concebido, en el matrimonio, en el testamento, entre otros, que terminan por vislumbrar que el Derecho Civil no ha

19 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomo I, pp. 42 y 43.

20 Pietro Rescigno es citado por Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En AA. VV. *Compendio de Derecho Civil*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004, pp. 121-122.

de ser una mera rama que se ocupa de las relaciones patrimoniales de los individuos —como algunos erróneamente creen—, sino que, además, contiene principios que se extienden al ordenamiento jurídico en su integridad.

Si bien las especialidades del Derecho nacen conforme a las necesidades sociales del individuo, y si esa necesidad logra establecer un objetivo, un método y un sistema propio —que no implica que sea autónomo, sino sólo más especializado— que se encuentre regulado por normas, dando surgimiento a una rama del derecho, ello no implica que esta nueva especialidad sea ajena a los principios fundantes del ordenamiento jurídico, ni a las instituciones que le dieron origen, como lo es el Derecho Civil; pues todas ellas buscan regular las nuevas relaciones de los individuos, que ejercen en uso de su autonomía —concepto propio del Derecho Civil— en campos que no alcanzan a ser regulados por el Derecho Civil, pero que generan obligaciones y responsabilidades entre éstos —conceptos también propios del Derecho Civil—, generalmente a través de contratos, este último concepto también propio del Derecho Civil.

Efectivamente, la materia contractual es, sin duda alguna, de vital relevancia para el orden social y económico. Está compuesta por un conjunto de instituciones que el derecho no ha inventado, sino que ha recogido de la realidad y que han surgido como respuesta a las distintas necesidades que tienen los hombres de regular sus intereses. El eje que sostiene esta compleja temática, es la autonomía privada que se manifiesta en la libertad de contratar que tienen los sujetos, así como en la libertad contractual o de configuración interna, conceptos que un abogado no podría comprender sin haber estudiado Derecho Civil.

3. La relación del Derecho Civil con las áreas del derecho especializado

Como hemos mencionado, el Derecho Civil no sólo regula las relaciones patrimoniales de los sujetos, sino también se ocupa del desarrollo del individuo como persona, lo que no implica —necesariamente— que tales ámbitos del individuo carezcan de contenido patrimonial.

Así, por ejemplo, a veces se entiende de manera equivocada que el Derecho Civil extrapatrimonial está conformado por las áreas de personas naturales, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

Sin embargo, el Derecho de Sucesiones establece reglas para la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte. Por tanto, si éste es su objeto, su carácter patrimonial resulta innegable.

El objeto fundamental del Derecho de Sucesiones es determinar las consecuencias que produce el hecho de la muerte de una persona natural respecto de las relaciones jurídicas que ésta tenía, determinando la identidad de las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

personas sobrevivientes que van a continuar con esas relaciones jurídicas que son principalmente de naturaleza patrimonial y, excepcionalmente, de naturaleza extrapatrimonial.[21]

En el ordenamiento legal peruano, el testamento y la ley, vía declaración de herederos, constituyen las dos únicas fuentes del Derecho Sucesorio, las mismas que resultan en extremo importantes, porque de ellas provienen los títulos sin los cuales el heredero no podría ejercitar sus derechos sucesorios adquiridos a la muerte del causante.

Así pues, nos preguntamos de qué forma un abogado de Derecho Societario podría absolver la consulta de un cliente que quisiera saber qué ocurrirá con las acciones que tenía uno de los accionistas que ha fallecido, si es que el mismo no sabe identificar a los herederos forzosos, a los indignos; si no conoce los requisitos propios de un testamento o qué hacer en caso de que éste no exista; entre otros conceptos propios del Derecho de Sucesiones.

Con respecto al Derecho de Familia, si bien es cierto que una parte se refiere a las relaciones familiares, fruto o no del matrimonio, buena parte de la regulación del Derecho de Familia tiene que ver con el patrimonio formado a raíz del matrimonio o del concubinato, aspecto de claro contenido patrimonial.

Por otro lado, ni siquiera podrían ser calificadas como materias de Derecho Civil extrapatrimonial las de personas jurídicas y de personas naturales.

En el caso de las personas jurídicas, ello es así, dado que la mecánica del tema gira en torno a la distinción entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los socios o asociados que la conforman. Mientras que en el caso de las personas naturales, el aspecto patrimonial no puede hacerse a un lado, en la medida de que el derecho a la propiedad y a la herencia están constitucionalmente regulados como derechos de las personas, además de otros derechos de innegable contenido patrimonial, como el de contratar.

Ahora bien, hasta qué punto las nuevas especialidades del Derecho Privado, fruto de una progresiva y creciente economía, son totalmente independientes y ajenas al Derecho Civil y a sus instituciones.

Como hemos afirmado, la regulación que brinde el Derecho Civil a los principios generales de los contratos, a su aplicación y a las obligaciones que generan esos contratos, así como a las responsabilidades que conllevan, son materias esenciales y comunes a todas las ramas del Derecho.

Nos preguntamos, por ejemplo, si acaso el especialista en Derecho Societario de nuestro ejemplo anterior podría prescindir, al momento de constituir una

21 Fernández Arce, César. *Código Civil: Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomo I, p. 60.

sociedad, de los conceptos básicos que brindan los libros de acto jurídico, de contratos, de obligaciones, de las nociones básicas de los Registros Públicos, de la responsabilidad civil de la empresa y de la de sus socios o directivos. Es decir, nos cuestionamos si es acaso posible que ese especialista en Derecho Societario pueda obviar conceptos fundamentales del Derecho Civil para ser precisamente un especialista. Es obvio que la respuesta negativa se impone.

Así también, se podría negar que los derechos especiales siempre terminan por otorgar derechos, deberes u obligaciones a los sujetos. Sin duda, el concepto general de «obligación» —propio del Derecho Civil— se encuentra inmerso en todas y cada una de las ramas del Derecho.

Lo mismo sucede con el concepto de acto jurídico, que no agota su razón de ser en el Derecho Civil, pues opera en muchos otros ámbitos, dando origen a diversas situaciones jurídicas entre los sujetos.

Así, por ejemplo, a través del libro de Acto Jurídico del Código Civil, el abogado tendrá las herramientas adecuadas para analizar los comportamientos legalmente relevantes para el Derecho Privado en su integridad, lo cual abarca a los derechos especiales.

Ahora bien, con respecto a los Derechos Reales, la adquisición de estos conocimientos, permitirá al abogado encontrarse en capacidad de analizar las relaciones jurídicas que surjan entre las personas a propósito de los bienes. Permitirá asignar derechos sobre bienes, analizar hasta dónde se extienden esos derechos, cuáles son sus límites, cómo se explota y utiliza tales bienes. Así pues, la regulación de los Derechos Reales tiene vinculación directa con las operaciones económicas, desde las más simples y domésticas hasta las más complejas y significativas. Tiene que ver con la creación de la riqueza, el mercado financiero y, en general, con las relaciones patrimoniales del ser humano.[22]

Así, por ejemplo, Messineo[23] se refiere al Derecho Agrario y señala que muchos de sus conceptos se han tomado de la materia tradicional del Derecho Civil (régimen de las aguas, pertenencias, contratos agrarios, etc.), que entre otras partes (como las relaciones de vecindad y las servidumbres) no pueden ser exclusivas de la materia agraria, porque entran, en la misma medida, en el Derecho Civil. Lo mismo podría decirse del Derecho Minero, y de muchas otras áreas del Derecho.

De otro lado, cuando se refiere al Derecho del Trabajo, Messineo señala que si bien éste, hoy en día tiene una autonomía propia, lo cierto es que en su parte máxima es Derecho Contractual; así, por ejemplo, se tiene al propio contrato de

22 Avendaño Valdez, Jorge, Francisco Avendaño Arana y Martín Mejorada Chauca. *Silabo del curso de Derecho Civil 3: Reales. 2008-2.* Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

23 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 62.

trabajo, los convenios colectivos, entre otros acuerdos que no son sino contratos entre el empleador y sus trabajadores.

Es más, lo que hoy es el principio de primacía de la realidad, principio base y rector del Derecho del Trabajo, encuentra su origen en uno de los principios del Derecho Civil, que señala que no importa el nombre que las partes otorguen al contrato, sino el contenido y la esencia que el mismo regula. Este principio de primacía de la realidad puede encontrarse en el texto del artículo 1531 del Código Civil de mi país.

En esa misma línea, el derecho de propiedad intelectual tiene reglas relativas a la apropiación del Derecho, lo que —en estricto— corresponde al Derecho Privado; sin perjuicio de que las reglas que organizan las entidades oficiales que brindan protección, correspondan al Derecho Administrativo.

Es evidente, entonces, que el Derecho Civil no representa sólo un área de especialización del derecho. El Derecho Civil es, en buena cuenta, la base de innumerables especialidades modernas del derecho, que encuentran sustento en el propio Derecho Civil patrimonial.

Imaginar la existencia de un especialista en Derecho Financiero o Corporativo que no sepa Derecho Civil patrimonial sería algo absurdo. Así como también sería inconcebible imaginar que un abogado experto en Derecho Comercial no sea también un entendido en Derecho de Obligaciones y Contratos, o que un experto en Derecho Laboral, Tributario o Financiero sea un ignorante con respecto a las nociones de acto o negocio jurídico.

Resulta evidente entonces que el Derecho Civil es —como hemos señalado— la sangre que corre por las venas de todas estas áreas del derecho, a las que nutre y brinda sustento.

Hace bien Carlos Ramos en afirmar que «contra lo que pudiera pensarse, en una era de apogeo de los microsistemas y de predominio de la tecnología, las ediciones (de libros de Derecho Civil) se agotan y los auditorios se repletan, lo que, por añadidura, no podrá hacer nunca cualquiera de las ramas que se independizaron de los códigos o que se formaron al margen de éstos».[24]

Por otra parte, es innegable también que el derecho de garantías se aplica a diversas ramas del Derecho Civil, como por ejemplo el Derecho Concursal o el Derecho Internacional Privado.

Así pues, el conocimiento del derecho de garantías resulta siendo indispensable y obligatorio para cualquier operador jurídico del Derecho Privado, pues a

24 Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.*, p. 72.

través de ellas «será capaz de satisfacer las exigencias del mercado con sencillez y eficacia a un bajo costo».[25]

Finalmente, pero no por ello son menos importantes, tenemos los conceptos propios de la responsabilidad civil. No queda duda de que los elementos configurativos de la responsabilidad civil son comunes a todas y cada una de las áreas del Derecho. Si bien el tratamiento en cada área del derecho es distinto, los elementos son comunes y propios del Derecho Civil.

De esta manera, como enseña Juan Espinoza, «[...] el operador jurídico al aplicar la normatividad frente a un supuesto de hecho real, no sólo tendrá que valerse del Código Civil, sino de la (no poca) legislación especial».[26]

Es evidente, entonces, que el Derecho Civil, como tronco de muchas de las subespecialidades es —y seguirá siendo— la base común aplicable a todos los derechos, incluso a las ramas propias —según la doctrina— del Derecho Público.

4. La relación del Derecho Civil con el Derecho Público

Sabemos que usualmente se clasifica al Derecho Penal dentro del Derecho Público. Sin embargo, ¿qué tan alejado del Derecho Civil se encuentra el Derecho Penal?

La necesaria presencia del Derecho Civil es incuestionable en esta materia. Así, por ejemplo, si el Derecho Penal se aplica para castigar al culpable del hecho punible, es, sin embargo, el Derecho Civil el que se encarga de la reparación que reclama la parte civil.

Asimismo, en ciertos delitos existen también atenuantes o agravantes referidos al grado de parentesco (materia civil por excelencia) que tenga la víctima con el agraviante. Por ejemplo, el inciso 6 del artículo 152 del Código Penal constituye un agravante, para la imposición de la pena, basado en la relación filial y de parentesco.

De otro lado, usualmente nos referimos al Derecho Procesal como parte del Derecho Público. Sin embargo, Josserand[27] comenta que el Derecho Procesal fue la primera desmembración del Derecho Privado. Señala que esta rama del Derecho determina las reglas que se han de seguir para hacer valer los derechos en justicia. Esto, sostiene, no es sino el Derecho Privado en acción.

Por tal motivo es que los romanos no veían en el procedimiento, más que un capítulo del Derecho Privado. Pese a que hoy en día el Derecho Procesal Civil es

25 Mejorada Chauca, Martín. *Guía de matrícula 2007-1*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 80.

26 Espinoza Espinoza, Juan. *La responsabilidad civil*. Versión digital. Introducción, p. 2.

27 Josserand, Louis. *Derecho Civil. Teorías generales del Derecho y de los derechos de las personas*. Traducción de Santiago Cunchillos y Materola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Cía. Editores, 1950-1952, volumen I, tomo I, pp. 17-18.

autónomo, resulta innegable que los Códigos Civiles comprenden reglas propias referentes al procedimiento, como por ejemplo en el caso de la separación de cuerpos, la sucesión, entre otros. Asimismo, contienen términos que han sido tomados y desarrollados procesalmente, como por ejemplo, la prescripción, la caducidad, el interdicto, entre otros de origen civil.

Como afirma Du Pasquier,[28] si bien el Derecho Procesal Civil enuncia reglas que pertenecen al Derecho Público, pues determina las condiciones a las cuales el Estado subordina la protección acordada a los intereses jurídicos; resulta innegable que se relaciona con el Derecho Civil, pues no es sino el mismo Derecho Civil en acción, velando así por los intereses que el propio Derecho Civil asegura.

Asimismo, el Derecho Administrativo, rama propia del Derecho Público, también encuentra en el Derecho Privado un apoyo fundamental para su desarrollo.

Vivo ejemplo de ello es el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado peruano, que regula las responsabilidades de los funcionarios, estableciendo no sólo una responsabilidad administrativa, sino una responsabilidad civil. Además, el referido reglamento emplea —como no podría ser de otra manera— conceptos propios del Derecho Civil, tales como indemnización, contrato de obra, entre otros.

Y, por si fuera poco, varios de los artículos del referido reglamento, imponen como norma supletoria para los contratos que celebren las entidades públicas, al Código Civil, confirmando —una vez más— la importancia del buen conocimiento que debe tener todo abogado acerca del Derecho Civil, pues esa importancia trasciende las fronteras de los particulares, pasando a regir también al propio Estado.

De otro lado, también resulta innegable que el Derecho Tributario requiere de sólidos conocimientos de Derecho Civil; así, por ejemplo, para determinar qué tratamiento tributario ha de recibir un contrato, es necesario identificar ante qué tipo de acto nos encontramos, pues no será lo mismo el tratamiento tributario que se le dé al contrato de arrendamiento que el que se dé al contrato de *leasing*. Pese a que ambas figuras podrían ser susceptibles de confundirse, es necesario que el abogado sea consciente de las características particulares de cada contrato; para lo cual —sin duda alguna— necesitará de conocimientos estrictamente civiles. Lo propio sucederá cuando tenga ante sí un contrato de compraventa y un contrato de suministro, casos en los cuales los tratamientos tributarios difieren; y si el tributarista no estuviese bien capacitado en Derecho Civil, hará mal su función como «especialista» en Derecho Tributario.

Finalmente, pero sin llegar a agotar la relación que el Derecho Civil tiene con todas las demás áreas del Derecho, analizaremos la relación que guarda con el Derecho Constitucional.

28 Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, pp. 22-23.

Es cierto que el Derecho Civil no puede desarrollarse al margen de la Constitución, pues ésta es la norma fundante e imperante en un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Ahora bien, surge la pregunta relativa a si la Constitución se vale por sí sola para la protección eficaz de los derechos constitucionales, que contiene de manera enunciativa, o si necesita de instituciones propias del Derecho Civil.

Al respecto, el profesor Leonardo Pérez Gallardo[29] es muy claro cuando señala lo siguiente:

> [...] la Carta Magna no ofrece una regulación pormenorizada de (los) derechos, si bien en buena técnica tampoco le compete, dado que su campo de acción es el de los derechos fundamentales [...] el cuerpo de leyes fundamentales de organización del Estado nos va a suministrar una Constitución puramente formal. Pero, la verdadera Constitución hay que buscarla en el resto de los Códigos del Derecho sustantivo, primordialmente en el Código Civil, ya que en ellos se detenta el proyecto de vida común enunciado constitucionalmente, los valores sociales con vigencia efectiva y la concreta redistribución de las fuerzas sociales. (El subrayado es nuestro)

5. Conclusiones

El Derecho Civil conserva una posición fundante y privilegiada, pues sigue siendo la fuente común a la cual es necesario recurrir siempre ante la omisión, vacíos o confusiones de otras normas especializadas. El Derecho Civil es, como recuerda el propio Ramos Núñez, «en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto, brújula entre mil nortes».[30] Creemos que el Derecho Civil sigue siendo no sólo el principal exponente del Derecho Privado, sino el paradigma sobre el cual se erigen las relaciones jurídicas.

En palabras de Josserand, «no obstante los cercenamientos sucesivamente sufridos (el Derecho Civil), conserva su aptitud original para regir todas las relaciones de orden privado; virtualmente ha conservado su amplitud primitiva, ha seguido siendo el Derecho Privado común».[31]

Y es que, en definitiva, las especializaciones de las diversas ramas del Derecho no se contraponen a la existencia y vitalidad de las instituciones del Derecho Civil; por el contrario, lo fortalecen y vigorizan, pues no hacen sino confirmar la

29 Pérez Gallardo, Leonardo. *Op. cit.*, p. 105.
30 Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.*, pp. 84-85.
31 Josserand, Louis. *Op. cit.*, p. 22.

necesidad de una dirección general que se constituya como guía de interpretación y de aplicación para otras áreas especiales del Derecho.[32]

Así pues, el Derecho Civil no es —como a veces, interesadamente se le quiere presentar— una rama más del Derecho; es la base, pauta y guía de todas las otras áreas del Derecho, es la matriz propia de las diversas Instituciones del Derecho aplicables a todas las ramas del Derecho.

Asimismo, resulta innegable que cada área del Derecho se vale no sólo de las instituciones civiles, sino que además muchas veces son éstas y no otras las que terminan por resolver sus conflictos, de modo tal que todas, tarde o temprano, convergen a la fuente del Derecho, es decir, al Derecho Civil.

No pretendemos restar importancia ni desconocer que cada día los microsistemas del Derecho siguen creciendo, pero ello no significa que el Derecho Civil haya quedado atrás, como un subordinado de las especializaciones. Por el contrario, su supletoriedad no hace sino confirmar el estatus de base y matriz del Derecho Privado que siempre ha tenido y cuyo desconocimiento (o conocimiento incompleto, que es lo mismo) sería nefasto para los futuros abogados.

Muchas gracias

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

32 Luego de leer *Codificación, tecnologia y postmodernidad. La muerte de un paradigma. Op. cit.*, de Carlos Ramos Núñez, no tenemos duda alguna de que él concluiría de la misma forma; más aún si se toma en cuenta que la reflexión general de su libro se basa en el Código Civil, tal y como lo expresa en el epílogo de la obra.

Discurso de presentación de la segunda edición del Tratado de Derecho de las Obligaciones,[33]

escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

Señor doctor
César Landa Arroyo,
Decano de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica
del Perú;

Señores doctores
Fernando de Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez y Fernando Vidal Ramírez; quienes nos han honrado con la presentación de la obra;

Señora doctora
Leyla Levil,
Directora Editorial del Perú de Thomson Reuters;

Querido Felipe;

Estimados amigos,

En primer lugar, quiero agradecer las muy generosas palabras que han expresado esta noche los doctores Landa, De Trazegnies, Avendaño, Vidal y Levil, las mismas que no sólo nos honran, sino que también nos comprometen a seguir investigando y escribiendo.

Estoy muy agradecido a Dios por habernos permitido no sólo iniciar una empresa como la que comenzamos con Felipe en el verano de 1993, cuando le propuse la idea de escribir sobre Derecho de Obligaciones, sino concluirla dos veces.

Digo esto, pues, como ya ha sido señalado por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, Felipe y yo escribimos la primera edición de este *Tratado*

33 Este acápite se basa en el Discurso del mismo nombre escrito por Mario Castillo Freyre y pronunciado en el Salón Paracas del Swissôtel de San Isidro, el 10 de junio de 2014. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2016, volumen 35, pp. 103-109.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

entre 1993 y el 2004, obra que fue publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra Alma Mater.

Luego, emprendimos la tarea de escribir nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, libro que vio la luz en diciembre del año 2008 por Palestra Editores. Esta obra resumía nuestras principales doctrinas sobre la materia, para hacerlas de más fácil acceso al abogado y, en especial, a los estudiantes de derecho.

Debemos señalar que la segunda edición del Compendio, aunque con muy ligeras modificaciones, acaba de ser publicada en Bogotá por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana. Esta edición en el extranjero nos complace sobremanera, pues representa la posibilidad de acercar la doctrina peruana al medio académico latinoamericano.

En el año 2009 comenzamos a reescribir nuestro *Tratado de las Obligaciones*. Ello, por varias razones.

En primer lugar, porque la edición anterior fue publicada en cuatro partes, habiendo mediado diez años entre la primera y la última; y algunas de esas partes (no olvidemos que la primera es del año 1994) ya tenían la suficiente antigüedad como para ser puestas al día, a la par que la edición se agotó hace buen tiempo.

En segundo lugar, porque la primera edición tuvo una extensión muy considerable, que no permitía un acercamiento más fluido a la obra por parte de los lectores.

En tercer lugar, porque queríamos uniformizar el tratamiento de los temas. En la primera edición, si bien la mayor parte de artículos del Código Civil mereció un análisis individual y detallado, la última parte de la obra en algunos casos prescindió de tal análisis, priorizando un estudio dogmático de las materias. En ese sentido, esta segunda edición es más ordenada, pues, sin prescindir del análisis teórico de las instituciones, sigue rigurosamente el orden del Código Civil.

En cuarto lugar, la primera edición incluyó, en el tratamiento del tema de los intereses, algunas tablas numéricas que eran importantes en 1996, pero que hoy, con el paso del tiempo, el avance de la información y las bases de datos electrónicas, representan una demasía.

En quinto lugar, en la primera edición, al tratar acerca de la inejecución de las obligaciones, Felipe y yo nos interesamos por desarrollar el tema de las responsabilidades especiales, es decir, diversos supuestos en los cuales se incurría en responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, que son muy importantes en el mundo moderno y que iban desde la responsabilidad en el deporte, pasando por el contrato de obra, el SIDA, el medio ambiente y cuarenta supuestos más.

Todo este acápite ha sido excluido expresamente de esta segunda edición y viene siendo trabajado por nosotros conjuntamente con la doctora Verónica Rosas

Berastain, a efectos de poder publicar muy pronto este tema de manera independiente y debidamente actualizado.

En sexto lugar, la vida profesional, la cátedra universitaria y las lecturas, tanto de Felipe como de quien les habla, nos llevaron en muchos casos a la necesidad de querer hacer precisiones a lo expresado en la primera edición; en la mayoría de casos para reforzar los fundamentos de nuestras posiciones de siempre y, en otros, para expresar una opinión distinta.

Consideramos que los lectores tienen el derecho de conocer las teorías vigentes de los autores. Habida cuenta de que la opinión escrita vincula al autor, no es justo que habiendo cambiado de opinión, los lectores sigan creyendo lo contrario.

Además, constituye obligación de los profesores universitarios el investigar permanentemente y publicar el objeto de sus investigaciones. Así, era nuestro deber escribir una segunda edición del *Tratado*.

En séptimo y último lugar, publicamos esta segunda edición, porque hace ya varios años tuvimos el generoso ofrecimiento de nuestra nueva casa editora, Thomson Reuters, cuya seriedad y alcances a nivel global, permitirán una mayor difusión de la obra.

Todo profesor de derecho, al fin y al cabo, cuando escribe un libro, lo hace para que sus doctrinas sean conocidas y ellas puedan influir en el pensamiento jurídico de sus lectores. Obra que no se difunde, al igual que obra que no se lee, será tal vez un interesante esfuerzo académico del autor, pero inútil en resultados, pues no transmitirá esas ideas a quienes estaban destinados a ser sus destinatarios.

Hace pocos días visité una ciudad del interior por razones académicas, a efectos de dictar una conferencia y un grupo de alumnos de una universidad me buscó en el hotel. Ellos me solicitaron que fuera su padrino de promoción, propuesta que acepté de inmediato. Y esto me llevó a recordar —y así se los dije— que en mi vida había sido escogido en cinco oportunidades como padrino de promociones (me refiero a padrino exclusivo y no a aquellos casos en donde uno es padrino junto con diez personas más) y —curiosamente— a ninguna de esas promociones les había dictado; es decir, ninguno de sus integrantes había sido mi alumno.

En ese momento, el presidente de la promoción me dijo que sí había sido profesor de ellos, pues en numerosos cursos habían leído mis obras.

Cuento esta anécdota, pues con los artículos de revistas y con los libros, los profesores multiplicamos nuestras enseñanzas, más aún hoy, con los increíbles avances de los medios de comunicación.

Por otra parte, quiero resaltar que esta obra también se publica en conmemoración y homenaje a los 30 años del Código Civil peruano de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No cabe duda de que la labor de Felipe Osterling Parodi como Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, que dio lugar a la elaboración del Código que hoy nos rige, fue decisiva.

Digo esto, tanto en lo que respecta a la calidad del libro cuyo anteproyecto tuvo a su cargo, que es, precisamente, el libro de Derecho de Obligaciones (legislación que comentamos en nuestro *Tratado*), así como en lo que respecta a la labor de conducción de la propia Comisión, lo que llevó a que se pudiera culminar con la dura tarea de elaborar un nuevo Código Civil para el Perú.

Este Código ha demostrado que con la ponderación que sus autores supieron imprimir a sus normas, ha sido y es muy útil para la convivencia social, para la protección de los derechos de las personas en todas las etapas de la vida, para preservación de sus derechos, así como para la contratación en general.

En estos treinta años de promulgado (que se cumplen el 24 de julio); y de vigencia (que se cumplirán el 14 de noviembre), este Código ha demostrado ser una excelente ley, que ha servido y sirve de estudio en la legislación comparada; que ha merecido muchos elogios por parte de la doctrina extranjera; y que, fundamentalmente, ha despertado el interés de alumnos y abogados, de los jóvenes de todos estos tiempos, por el estudio del derecho y por la reflexión crítica.

Cuando las normas de los Códigos son analizadas y criticadas, ello no significa que tales Códigos sean malos; por el contrario, las críticas enriquecen a las leyes y complementan su sentido.

Esto es lo que ha ocurrido en los últimos treinta años con el Derecho Civil peruano y el Código de 1984.

El interés por su estudio crítico ha sido enorme; se ha escrito tanto como nunca se había escrito; y todas esas reflexiones han servido para hacer más fuerte a nuestro Código Civil, norma legal que, comparada con los cuerpos normativos peruanos más importantes, ha devenido en la más antigua de nuestro país. El Código de 1984 precede a la Constitución de 1993, al Código Penal de 1991, a la Ley de Títulos Valores del 2000, a la Ley General de Sociedades de 1998, al Código Procesal Civil de 1993 y a la Ley de Arbitraje del 2008.

Esto demuestra, entre otras cosas, que el Código es bueno y que tiene una aplicación pacífica.

Una situación como ésta no sólo tiene que ser resaltada, sino que debemos felicitarnos de que ello sea así; además de tratar de seguir difundiendo los alcances de ese cuerpo normativo en un país tan difícil como el Perú, por sus diversas regiones, costumbres, idiomas y culturas.

En ese sentido, quiero concluir mis palabras rindiendo un merecidísimo homenaje a todos los autores del Código Civil de 1984.

En primer lugar, me referiré a quienes ya no nos acompañan, como es el caso de los profesores Manuel de la Puente y Lavalle, cuya magnífica obra de contratos nos enseñó a todos que en el Perú se podía escribir en serio; a Max Arias-Schreiber Pezet, cuya exégesis del Código Civil de 1984 demostró constancia y amor por el derecho; y al maestro José León Barandiarán, jurista emblema del derecho peruano, cuya generosidad, sapiencia y bonhomía, permitieron el tránsito del Código Civil de 1936 al de 1984.

Asimismo, quiero personificar este homenaje en los cuatro grandes juristas que hoy nos acompañan: don Fernando de Trazegnies Granda, quien tanto nos ha enseñado sobre Historia del Derecho y Responsabilidad Civil y quien se encargó de difundir este Código desde el Fondo Editorial de la Universidad Católica, con la Biblioteca *Para leer el Código Civil*; el doctor Jorge Avendaño Valdez, quien al igual que Fernando de Trazegnies fue Decano por muchos años de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, a la par que maestro del curso de Derechos Reales por más de medio siglo e incansable difusor de las doctrinas del Derecho Civil a lo largo y ancho de nuestro país; don Fernando Vidal Ramírez, prolífico jurista, cuya obra sobre acto jurídico ha sido y es fuente inagotable de consulta por estudiantes y abogados y cuyo ejercicio en el Decanato del Colegio de Abogados de Lima —al igual que en el caso de Jorge Avendaño— constituyó símbolo de afirmación institucional en pro del derecho y de la dignidad de nuestra profesión.

Y, finalmente, mi homenaje, admiración y permanente cariño y afecto a mi maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, insigne jurista, político decente, gran abogado y mejor amigo, por esa vida dedicada con brillantez al derecho y al Perú.

Muchas gracias

ESTUDIO MARIO CASTRO TORRE

El artículo que nunca quise escribir[34]
(A propósito del fallecimiento de Felipe Osterling)

Ha fallecido Felipe Osterling Parodi y creo necesario recordar con estas palabras al insigne jurista y legislador, destacado político, profesor de renombre y mejor amigo.

Pocos abogados tuvieron en el siglo XX y principios del XXI el renombre y el prestigio de Osterling. Socio de uno de los principales estudios de Lima, era reconocido por todos como un gran abogado; y de hecho lo fue, en sus más de sesenta años de actividad profesional ininterrumpida. Estos méritos llevaron a que el Colegio de Abogados de Lima lo eligiera Decano en 1994, cargo que ejerció con lustre y ponderado criterio. Asimismo, presidió la Comisión que elaboró el Código Civil de 1984, de plena vigencia en nuestros días.

Político destacadísimo. En 1980, refundó el Ministerio de Justicia en el primer gabinete del segundo gobierno de don Fernando Belaunde Terry, a quien asesoró con brillantez para que cumpliera su promesa de no dormir una noche en Palacio de Gobierno sin haber devuelto a sus legítimos propietarios los diarios confiscados por la dictadura militar seis años atrás. Sobre su gestión en el Ministerio publicó la obra testimonial *En Justicia*.

Su prestigio político se acrecentó notablemente y fue elegido senador en 1985, elección que se repitió en 1990, con la más alta votación de la alianza política que integraba su partido, el Partido Popular Cristiano, agrupación en la que desplegó toda su vida política pública de manera invariable. Condición que también tuvieron sus ideales democráticos, lo que le valió el arresto domiciliario por más de una semana luego del golpe de Fujimori en 1992 cuando ostentaba el cargo de Presidente del Senado de la República.

En la cátedra universitaria, Felipe fue formador incansable de generaciones de abogados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Todos lo recordaremos como nuestro querido profesor de Derecho de Obligaciones, cátedra que desempeñó durante más de medio siglo, habiéndose retirado —muy a su pesar— por

34 Este acápite se basa en el artículo del mismo nombre escrito por Mario Castillo Freyre y publicado en el diario *El Comercio*, página A-19, con fecha 2 de septiembre de 2014. También publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2016, volumen 35, pp. 137-139.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

razones de salud, hace algunos meses. Poco después su casa de estudios lo distinguió nombrándolo Profesor Emérito.

Sus clases eran muy didácticas y entretenidas, con muy buenos ejemplos, de ésos que uno como alumno nunca olvida; y es que Osterling sabía combinar muy bien los temas sustantivos con las cuestiones prácticas, ya que su vasta experiencia como abogado le hacía discernir de manera muy sencilla lo importante de lo accesorio, o sea, de aquellas disquisiciones teóricas que nunca ven la luz en la práctica profesional.

Asimismo, Felipe Osterling fue decano de la Facultad de Derecho de la PUCP a principios de los años setenta, en épocas muy difíciles para el país.

En lo personal, tuve el privilegio de haber sido su alumno en 1985 y desde 1993 nos dedicamos a escribir sobre Derecho de Obligaciones. Es así que publicamos la primera edición de nuestro *Tratado* sobre la materia (1994-2003), el *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (Lima, 2008 y Bogotá, 2014) y la segunda edición del *Tratado*, la misma que fue presentada hace muy pocas semanas, en el último acto público en el que disertó Felipe. Sus obras, sin duda, seguirán dando cátedra por él.

Hablé con Felipe por última vez hace pocos días, ya encontrándose muy mal físicamente, pero conservando la plena lucidez y perspicacia de un hombre cuya inteligencia y sentido del deber y la amistad fueron signos de vida.

Felipe deja una linda familia, formada con su señora Fina Letts y cinco magníficos hijos, varios nietos y hasta bisnietos, quienes —sin duda— lo recordarán siempre, al igual que todos quienes fuimos sus alumnos y amigos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Discurso de orden en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi y a los codificadores de 1984, pronunciado en el Congreso Internacional de Derecho Civil en conmemoración de los 30 años del Código Civil peruano organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú[35]

Señor doctor
Alfredo Villavicencio Ríos
Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Señores profesores de nuestra casa de estudios,
Estimados expositores nacionales y extranjeros,
Señores miembros de la Comisión Organizadora del Congreso,
Señores miembros y asesores de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936,
Señores miembros de la Comisión Revisora,
Señores familiares de los referidos juristas,
Estimados colegas, estudiantes y amigos,

Esta semana se conmemoran los treinta primeros años de vigencia del Código Civil de 1984, y nuestra Facultad de Derecho desea celebrar esta fecha tan significativa, dado que el Código fue elaborado por importantes juristas, muchos de los cuales, o fueron alumnos de nuestra universidad, o ejercieron en su Facultad de Derecho, la docencia universitaria. Nuestra casa de estudios se siente —institucionalmente hablando— parte del esfuerzo que se desplegó hace varias décadas para que el Perú tuviera el Código Civil que hoy nos rige.

En estas palabras voy a referirme a diversos aspectos relacionados con tan importante fecha.

Así, trataré acerca del Código propiamente dicho; de quienes lo elaboraron y, en especial, de quien fue presidente de la Comisión encargada del Estudio y

35 Este acápite se basa en el Discurso de Orden, del mismo nombre, escrito y pronunciado por Mario Castillo Freyre el lunes 10 de noviembre de 2014, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2016, volumen 35, pp. 167-189.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Revisión del Código Civil, durante trece años y en la etapa más importante de su elaboración y promulgación, el doctor Felipe Osterling Parodi.

Todas las veces que he sido invitado a pronunciar algunas palabras sobre el Código Civil, siempre he resaltado que se trata de un buen Código.

Y digo esto, pues la bondad de los Códigos se mide, no sólo por su contenido y sistemática (en los que el Código de 1984 representó un notorio avance con respecto al de 1936), sino en cuanto a su utilidad, pues el cuerpo normativo que hoy cumple treinta años, ha sido y es notoriamente útil para la sociedad peruana.

Es innegable que este Código funciona, y que funciona bien.

Prueba de ello es que durante sus seis lustros de vigencia, el medio jurídico nacional no ha advertido problemas serios en su aplicación, y que de todas las instituciones que fueron reguladas por él, sólo una devino en obsoleta con el paso de los años, como lo fue la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, cuya regulación —dada la creciente importancia del arbitraje— mereció una derogatoria completa en 1992, para pasar a formar parte de una ley especial.

No podemos decir lo mismo de la prenda, ya que el hecho de haberla sustituido por la garantía mobiliaria, sólo constituyó un tema de opción legislativa, y bien pudo haberse concebido un nuevo régimen de prenda en el Código Civil, que unificara todos los regímenes especiales, y que no abdicara tan importante materia de los derechos de garantía a favor de una legislación privativa.

Pero, en todo lo demás el Código está ahí, no sólo en vigencia formal, sino en vigencia real.

Hace algunas semanas realizaba el ejercicio académico de revisar todos los preceptos del Código Civil que fueron modificados, derogados o adicionados durante estos treinta años, y llegué a una conclusión poco satisfactoria, en el sentido de que las normas originales, generalmente, fueron de superior factura que las normas posteriores.

Esta constatación nos lleva a meditar en el sentido de que se debe tener mucho cuidado cuando se quiera introducir reformas normativas en el Código Civil, pues ellas no sólo deben ser fruto de las necesidades sociales, sino que tienen que estar a la altura de los preceptos que se desea modificar, lo que —evidentemente— implica que ellas tampoco sean fruto exclusivo de las tentaciones académicas que tenemos todos los profesores de Derecho Civil, sino del consenso del medio social y jurídico.

Ésta es la tesis que vengo sosteniendo en los últimos veinte años, ante todos los auditorios interesados en el Derecho Civil peruano y su desarrollo doctrinario y normativo.

En ese sentido, creo que el hecho de que nuestro Código esté cumpliendo su trigésimo aniversario, representa un signo de madurez de nuestro Derecho Civil

y del medio jurídico nacional; a la par que una muestra importante de las bondades del cuerpo de leyes a cuyos autores hoy rendimos homenaje.

Además, el hecho de que en un país donde las normas duran tan poco tiempo, este Código cumpla treinta años, es un signo importante de tolerancia con respecto a los demás, en el sentido de que ha primado el respeto hacia las mayorías, que buscan estabilidad legislativa y desarrollo doctrinario por parte de quienes, como profesores de derecho, estamos en el deber de engrandecer el Derecho Civil peruano de la manera más difícil, que es escribiendo y estudiando sus conceptos y doctrinas; y no proponiendo un nuevo Código Civil a la vuelta de cada esquina.

Hace exactamente veinte años, el profesor Fernando de Trazegnies, aquí presente, uno de los autores del Código Civil, acuñaba esa magnífica frase que ilustra lo difícil que es enseñar *versus* lo fácil que es proponer modificaciones legislativas. De Trazegnies decía: «cambiar los Códigos a cada rato, no es imaginación creadora, sino pereza interpretativa».

Aquí también debo recordar las palabras del doctor Felipe Osterling Parodi, escritas en 1997, cuando hacía referencia a las ideas que se venían manejando en torno a la reforma del Código Civil. Decía Osterling que ello debía hacerse:

Con discreción, con prudencia, recordando que a la ley no hay que atreverse a tocarla sino con mano trémula, como decía uno de los personajes de Montesquieu en sus *Cartas Persas*, y alejándonos, hasta donde sea posible, de conceptos que bien pueden ser relevantes en un debate académico, pero que a menudo son intrascendentes ante una realidad social y económica en constante dinámica.

Por lo demás, si estamos conmemorando una fecha, es porque la consideramos importante y no porque queremos olvidarla o prescindir de ella.

Dentro de tal orden de ideas, si festejamos estos treinta años de vida de nuestro Código Civil, no sólo es con el objeto de ver las instituciones con perspectiva de futuro, sino como un acto de afirmación de lo bueno que tenemos.

Los abogados que forman parte de mi generación y quienes integran las generaciones más jóvenes, somos hijos de este Código, pues empezamos a aprender derecho y a tener una aproximación a las doctrinas civiles en base a su normativa, y quienes nos hicimos civilistas, aprendimos a querer el Derecho Civil entre los artículos del Código de 1984.

Es así que este cuerpo normativo, no sólo tiene hijos, sino nietos y tal vez pronto tendrá bisnietos, pues muchos de quienes han sido nuestros estudiantes, hoy ya son profesores de derecho en las más diversas Facultades del país, multiplicando y renovando las doctrinas de la más importante área del derecho e inculcando ese interés entre quienes hoy son sus alumnos.

EDICIÓN VIRTUAL GACETA JURÍDICA

Pero, estas palabras, obviamente, no van a tratar acerca de los hijos y nietos del Código, sino de quienes fueron sus padres.

Y, en primer término, voy a referirme a quien fuera presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil, en la etapa más intensa de su elaboración, mi gran maestro y amigo, el doctor Felipe Osterling Parodi.

Y es que su repentina partida no dio oportunidad para que nuestra Facultad de Derecho le rinda el homenaje que le corresponde.

Felipe falleció el 30 de agosto del presente año, es decir, hace poco más de dos meses, y éste es el momento preciso en el cual nuestra casa de estudios rinde homenaje a tan ilustre hombre de leyes.

La mayor parte de la población conoció a Felipe Osterling en su faceta de hombre público; y ello es natural, dados los altos cargos que ocupó: Ministro de Justicia (1980-1981), Senador de la República (1985-1992) y Presidente del Congreso (1991-1992). No obstante, su participación en la vida política se circunscribe a un período de doce años, el mismo que resulta corto, si lo comparamos con su vida profesional y académica.

Felipe ejerció la abogacía durante sesenta años, habiendo trabajado junto a juristas de nota, como el doctor Félix Navarro Irvine. Asimismo, fue importante socio del ilustre Estudio Olaechea y luego funda el prestigioso Estudio Osterling, donde ejerció la profesión hasta el final de sus días.

Fue catedrático de Derecho de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú, su casa de estudios, por más de cincuenta años. Miles fuimos sus alumnos y sólo guardamos gratitud hacia él, pues enseñaba de manera magistral y sencilla la materia más abstracta y difícil del Derecho Civil. Las obligaciones nacen de los contratos y de la ley, y son el vínculo a través del cual uno se compromete a cumplir algo con respecto a otro. Constituyen, en palabras de Fernando de Trazegnies, el alma del derecho, pues sin vínculo que obligue a cumplir, el derecho no tendría sentido de existencia.

Los ejemplos de Osterling eran muy efectivos, desde el típico caso de su reloj y el lapicero (con los que ilustraba casos hipotéticos), hasta una serie de situaciones complejas, fruto de la experiencia vivida. Y es que en realidad sus clases no sólo eran las de un profesor universitario, sino —fundamentalmente— las de un brillante abogado con vastísima experiencia.

Ya cuando yo era catedrático universitario y conversábamos acerca de los temas que cada uno iba dictando en paralelo, al principio Felipe solía llamarme la atención para que no me dispersara en tanta teoría, sino en los temas de mayor utilidad práctica. Debo confesar que a algunas materias a las que hace veinte años destinaba una hora de clases, hoy no dedico más de cinco minutos; y viceversa.

FONDO EDITORIAL THEMIS-MARIO CASTILLO FREYRE

Además, Felipe fue un hombre de muy buen humor. Sus alumnos, obviamente percibíamos al abogado formal, pero siempre con chispa y bromas producto de las circunstancias. Daba gusto asistir a sus clases, pues no era el profesor que presionaba y castigaba al estudiante, sino aquél que fomentaba su interés por el tema para lograr que aprendiera la materia por las buenas y no por las malas.

Pero Osterling, además de abogado y profesor universitario, fue un gran codificador. En 1971, por designación de la Corte Suprema de Justicia, asumió la Presidencia de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, la misma que terminó elaborando un nuevo Código, el que —como sabemos— nos rige desde 1984. Felipe fue el motor de esa Comisión, la misma que estuvo integrada por muy ilustres juristas, a los que haré referencia en unos momentos.

Felipe era uno de los más jóvenes, pero el ímpetu que puso en el trabajo, hizo que esa Comisión lograra sus objetivos.

Osterling fue ponente del libro de Derecho de las Obligaciones y me consta que siempre admiró y respetó el trabajo de quien fuera autor del mismo libro en el Código de 1936, el insigne Manuel Augusto Olaechea.

El Código de 1984, obra colectiva de ese grupo de notables profesores, constituye uno de los códigos más importantes de América Latina y ha sido objeto de múltiples elogios por parte de destacados académicos de diversas latitudes.

Felipe Osterling siempre constituyó un referente en la vida profesional, pues no sólo fue un abogado muy exitoso, el político destacado que alcanzó los más altos cargos públicos, notable codificador, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Presidente de la Academia Peruana de Derecho, Decano de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios, admirado maestro universitario, autor prolífico de libros de su especialidad, sino, sobre todo, un señor de señores.

Y este señor de señores siempre estuvo presente en todos los Congresos de Derecho que organizó nuestra universidad, y en aquéllos que se realizaron en los más diversos lugares de nuestro país.

En todos ellos, Felipe era el *alma de la fiesta*, era quien le ponía el toque de entusiasmo al evento jurídico, quien relataba la anécdota que venía al caso, siempre acompañado de una gran voluntad de enseñanza y de una notable cercanía a los alumnos y profesores más jóvenes, a quienes dispensó el mayor respeto y consideración.

No tengo duda de que uno de los mayores difusores de la doctrina del Código, a lo largo y ancho de todo el Perú, fue Felipe Osterling, quien se encargó de promover incansablemente el interés por el derecho.

Fue colaborador activo de todas las revistas y, en general, de todas las publicaciones que requirieron de su participación y, hasta cuando sus fuerzas se lo

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

permitieron, brindó entrevistas a asociaciones de estudiantes, contando sus experiencias y fomentando el amor por el derecho.

Siempre estaré agradecido de haber podido escribir lo que escribí junto a Felipe, y de haber aprendido lo que aprendí de él; pero, fundamentalmente, nos demostraba a todos de manera cotidiana, la verdad del contenido de esa vieja frase que reza que: «el abogado, más que una suma de conocimientos, es una manera de ser».

Felipe leía mucho. Fue un hombre muy culto en lo jurídico y en cualquier otro ámbito de la vida, pero su don de gente, tanto en el ejercicio profesional, como en la vida amical, y su relación con las personas del medio académico, hacían que fuera un personaje muy respetado y querido.

Felipe nos demostró, a lo largo de su vida, que la aceptación y el cariño de los demás, es algo que no se compra en tienda, y menos en las librerías de derecho.

Este congreso de Derecho Civil es el primero que organiza nuestra universidad en el que Felipe ya no nos acompaña, no obstante lo cual debo confesar que todavía pienso que podría ingresar en cualquier momento al auditorio. Pero está presente su familia, encabezada por su señora esposa, Fina Letts Colmenares y por sus hijos, entre quienes se encuentra nuestra querida Madeleine, quien al igual que su padre, ejerce con lustre la profesión y la cátedra universitaria.

Ellos representan hoy a Felipe y agradecemos mucho el que nos acompañen esta noche.

Pero, el Código Civil, obviamente, no sólo fue obra de Felipe Osterling, sino de una serie de notables hombres de derecho que pusieron sus mejores esfuerzos en el éxito de esta empresa tan difícil e importante.

Voy a referirme brevemente a cada uno de ellos.

Debo comenzar, como es natural, por el maestro de maestros, don José León Barandiarán.

La obra de León Barandiarán es prolífica y todos hemos estudiado en ella, más allá de que la misma se centra en el Código Civil de 1936, pues León fallece, apenas tres años después de haber sido promulgado el Código de 1984.

León Barandiarán fue Ministro de Justicia y Trabajo, y dictó cátedra en diversas universidades, empezando por su casa de estudios, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la que fue Rector y de cuya Facultad de Derecho fue Decano y Profesor Emérito.

A mi juicio, el maestro León fue quien inclinó la balanza a favor del Código Civil de 1984. Esto es obvio, pues en perspectiva histórica, si León no hubiese estado de acuerdo con que se elaborara y promulgara este nuevo Código, su peso

MARIO CASTILLO FREYRE

específico en el derecho nacional hubiese sido definitivo para impedir que se modificara integralmente el Código de 1936.

Lamento haber conocido a León sólo de manera muy breve, a pesar de que su familia y la mía, tienen una antigua amistad.

León era muy amigo de mi abuelo Juan Lino Castillo, y conservo, con mucho cariño, varios libros dedicados por León a Juan Lino, con las mayores muestras de afecto y consideración.

Conocí a su hijo Pepe —muerto prematuramente— y conozco a su hija Ana María, madre de María José Acosta León Barandiarán, quien se dedica al arbitraje y con quien me comunico de manera cotidiana. Ambas nos acompañan esta noche.

También integró la Comisión Reformadora don Max Arias-Schreiber Pezet, ilustre abogado y profesor universitario en San Marcos y en diversas casas de estudios, a la par que Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

Tanto León Barandiarán como Arias-Schreiber, dictaron por breves períodos de su vida, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Max Arias-Schreiber tuvo una muy activa participación en la elaboración del Código de 1984, habiendo plasmado muchas de sus doctrinas en materia de derecho de contratos. Su obra *Exégesis del Código Civil peruano* ha servido y sigue siendo de mucha utilidad, a los estudiantes de derecho y abogados, que encuentran en ella una cercanía muy precisa a los conceptos que deben conocer del referido cuerpo normativo.

El esfuerzo desplegado por Max Arias-Schreiber, acompañado por sus discípulos Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias-Schreiber, Elvira Martínez Coco, entre otros, es digno de la mayor gratitud por todo el medio jurídico.

Hoy también nos acompaña el doctor Jorge Avendaño Valdez, uno de los profesores emblemáticos de nuestra Facultad de Derecho, de la que fue decano en cuatro ocasiones, durante un período de doce años.

Jorge Avendaño ha sido profesor de miles de alumnos en el curso de Derechos Reales. Me cuento entre ellos y, además, dentro de los que están muy agradecidos por sus valiosas enseñanzas.

Avendaño es precursor en el desarrollo del método activo en la enseñanza del derecho, y la claridad de sus conceptos siempre fue extraordinaria.

Cada vez que llega a mis manos alguna consulta sobre Derechos Reales, recuerdo vivamente las clases de Avendaño, pues lo que bien se nos ha enseñado, nunca se olvida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El doctor Avendaño también ha sido Pro-Rector de la Universidad Católica, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

Uno de los grandes juristas peruanos del siglo XX fue, sin duda, don Héctor Cornejo Chávez, formado en las aulas de la Universidad San Agustín de Arequipa, y quien ejerció cátedra en la Universidad Católica durante muchos años, en los cursos de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

Las clases de Cornejo Chávez eran algo así como las de un profesor de Matemática avanzada. Eran perfectas.

La claridad de sus conceptos iba de la mano con sus desbordantes conocimientos de la materia, a la par que con una extraordinaria lucidez, no sólo en el dictado del curso, sino en la absolución de las preguntas que formulaban sus alumnos.

La obra escrita por Cornejo Chávez, fundamentalmente centrada en su libro *Derecho familiar peruano*, redactado primero bajo el amparo del Código Civil de 1936, y luego con el Código Civil de 1984, constituye una pieza de extraordinaria calidad y plena vigencia.

Además, en Cornejo hay que destacar la prudencia de sus consideraciones y doctrinas, en un área hoy tan trajinada por conceptos y propuestas que, en verdad, no sé a dónde llevarían al derecho de familia, si se materializaran en el terreno legislativo.

El conservadurismo de Cornejo Chávez constituyó y constituye el mejor dique de respeto y resguardo a la institución familiar en el Perú.

Hoy nos acompaña en el auditorio, su hija, la doctora María Teresa Cornejo Fava, también profesora de derecho de familia y heredera de las doctrinas y conocimientos del maestro.

Don Manuel de la Puente y Lavalle, también fue miembro de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (igualmente llamada Comisión Reformadora).

De la Puente nos enseñó en estas aulas el curso de Derecho de Contratos, el mismo que dictó durante muchos años, habiendo sido en esta materia el maestro de maestros. Fue quien nos enseñó hasta dónde podía llegar la doctrina peruana de Derecho Civil, cuando escribió *Estudios sobre el contrato privado*, obra dogmática desarrollada durante la vigencia del Código de 1936, pero que recogía las doctrinas que formaban parte del proceso de elaboración del Código de 1984 que, prácticamente, había concluido.

Luego, De la Puente escribió un enjundioso comentario de la parte general de Contratos del Código Civil, que publicó a partir de 1993 en la colección denominada «Biblioteca Para leer el Código Civil» de nuestra casa de estudios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Siempre sentí la mayor admiración por don Manuel de la Puente, a quien acompañé como secretario de la Comisión del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica, durante más de diez años, y con quien guardaba una profunda amistad, que nos llevaba a almorzar juntos, al menos, una vez cada dos meses.

La modestia personal de De la Puente y su don de gentes lo hicieron fuente de inspiración de todos quienes fuimos sus alumnos y, especialmente, de quienes nos dedicamos al Derecho Civil.

También nos acompaña esta noche, don Fernando de Trazegnies Granda, miembro de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, y cuya valía intelectual, académica y profesional, hacen que sea uno de los juristas más ilustres que tiene nuestro país.

De Trazegnies fue Decano de nuestra Facultad durante doce años, el período ininterrumpido más largo en que cualquier profesor ejerció el Decanato.

Ahí lo conocí, cuando integré el Consejo de la Facultad como representante estudiantil durante año y medio.

Don Fernando de Trazegnies fue mi profesor en la maestría y en el doctorado, y siempre he admirado en él su inventiva, su espíritu innovador y su precisión como investigador del derecho.

Todos hemos leído su múltiple bibliografía, pasando desde *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, El país de las colinas de arena* y *La responsabilidad extracontractual*, obra compuesta por dos volúmenes de profundos estudios, en los cuales el maestro De Trazegnies sentó las bases de todo aquello que luego se ha escrito en el Perú sobre la materia.

Pero, no podemos olvidar que De Trazegnies es una de las personas que más ha promovido la difusión del Código Civil de 1984, cuando crea, apenas promulgado el Código, y siendo presidente del Fondo Editorial de esta universidad, la «Biblioteca Para leer el Código Civil», colección en la que, tanto los autores del Código, como quienes nos habíamos formado en él y llegamos a la docencia en años posteriores, escribimos sobre los más diversos temas, interpretando este cuerpo normativo.

Por otra parte, debemos mencionar al ilustre maestro de Derecho de las Personas, notable catedrático sanmarquino, y quien también ejerció la docencia en las aulas de la Universidad Católica, el doctor Carlos Fernández Sessarego.

Las doctrinas de Fernández Sessarego sobre la materia han sido ampliamente difundidas, conocidas y reconocidas, no sólo en nuestro país, sino en el extranjero.

Es uno de los juristas más ilustres que han nacido en el Perú y a quien estoy agradecido por el afecto y el aprecio que me dispensó desde mis primeros años de investigador.

ESTUDIO FANO CASTILLO FIGUERO

Fernández Sessarego siempre tuvo la preocupación de que el Código Civil estuviera a la altura de los tiempos, y creo que el hecho de que el mismo esté cumpliendo treinta años, es el mayor premio que pueden haber obtenido no sólo él, sino los otros autores de esta obra, ya que ello demuestra que tiene plena vigencia.

Él fue el promotor de que se iniciara el proceso de Reforma del Código de 1936, a la par que primer presidente de la Comisión Reformadora.

El doctor Rómulo E. Lanatta Guilhem también integró esta Comisión.

Lanatta fue catedrático de Derecho de Sucesiones en la Universidad de San Marcos, casa de estudios que luego lo distinguió como Profesor Emérito. Escribió numerosas obras sobre su especialidad, como su *Curso de Derecho de Sucesiones, La capacidad del testador*, entre otras.

Hoy nos acompaña su nieto, el distinguido profesor de nuestra casa de estudios, doctor Ramiro Portocarrero Lanatta.

La doctora Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, miembro de la Comisión Reformadora, hizo un gran trabajo en la discusión y elaboración del libro de Derechos Reales del Código Civil. Su Anteproyecto sobre esta materia es prácticamente una obra de doctrina.

Fue una notable jurista, fallecida prematuramente. Obtuvo en 1966 el Premio Nacional Fomento a la Cultura «Javier Prado» por su obra *La sociedad anónima en el Perú, Francia, Italia, Alemania y España*; habiendo escrito numerosos títulos de Derecho Comercial y Civil, y ejercido cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Recuerdo que el primer libro de Derecho que compré fue un Código Civil de 1936 sumillado por ella, cuando llevé el curso de Introducción al Derecho en Estudios Generales Letras, en 1983.

Hoy nos acompañan, en representación de la familia de la doctora Maisch, sus hijos, los destacados profesionales Javier y Gonzalo Portocarrero Maisch.

También integró la Comisión Reformadora del Código Civil, el doctor Jorge Vega García, alumno y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en los cursos de Acto Jurídico, Derechos Reales y Contratos.

Vega García fue magistrado por un breve período; habiendo sido socio del Estudio Olaechea desde 1951 hasta su prematuro fallecimiento en 1973. Allí ejerció la profesión con notable brillo.

El valioso borrador de Anteproyecto que preparó sobre el libro de Derecho de Obligaciones fue objeto de prolijo estudio en la Comisión.

Vega García es padre del doctor Jorge Vega Velasco, quien fue catedrático en nuestra Facultad de Derecho durante muchos años.

Vega García es también abuelo de Jorge Vega Soyer, distinguido abogado y catedrático en Derecho Civil.

De igual modo, integró la Comisión Reformadora, el doctor Fernando Vidal Ramírez, quien hoy nos acompaña, distinguido abogado sanmarquino y connotado profesor universitario en diversas casas de estudios.

Vidal Ramírez enseñó durante muchos años en nuestra Facultad de Derecho el curso de Acto Jurídico.

Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima, además de Presidente de la Academia Peruana de Derecho, y es un connotado abogado en ejercicio en el Estudio Rodríguez Mariátegui & Vidal.

La obra de Fernando Vidal es prolífica y destacan dos libros que son de los más reeditados y de mayor circulación en el Perú y de los más leídos entre estudiantes de derecho y abogados. Me refiero a *Acto Jurídico* y *Prescripción y Caducidad.*

Asimismo, integró la Comisión Reformadora el doctor Valentín Paniagua Corazao, distinguido constitucionalista, profesor universitario, político y abogado en ejercicio.

Paniagua Corazao, como todos sabemos, fue un permanente y valiente defensor del estado de derecho, incluso en los tiempos más difíciles.

Esto le valió ser Ministro de Estado en las Carteras de Justicia y Educación, y ser elegido diputado y Presidente de la República en momentos muy aciagos para la patria.

Hoy nos acompaña su hijo, el doctor Valentín Paniagua Jara, muy reconocido abogado y amigo, con quien fuimos compañeros de promoción en esta Facultad.

También integró la Comisión Reformadora el doctor Manuel García-Calderón Koechlin, el más ilustre de los especialistas en Derecho Internacional del siglo XX.

García Calderón estudió, tanto en la Universidad Católica como en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especializándose en la Universidad de Michigan.

Ejerció la docencia en la Universidad de San Marcos, en donde fue honrado como Profesor Emérito.

Esta noche nos acompaña su hijo, Gonzalo García-Calderón Moreyra, ilustre abogado y académico, egresado de nuestras aulas.

El doctor Félix Navarro Irvine, también integró esta Comisión. Navarro Irvine fue un destacadísimo abogado en ejercicio, que fundó en 1950 el Estudio que lleva su apellido, habiendo sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Navarro era un hombre muy estudioso, a la par que cordial y ameno. Su versación jurídica hacía que muchas veces su opinión fuera dirimente.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA

Fue un gran informante en los tribunales; abogado de fuste, preocupado no sólo por el funcionamiento de la justicia ordinaria, sino también por la de los más pobres, como es el caso de la justicia de paz.

Parafraseando a Fernando Vidal Ramírez, se puede decir que si bien Navarro Irvine no ejerció la docencia en las aulas universitarias, hizo de su vida una permanente docencia del derecho.

Nos hemos comunicado con diversos descendientes de tan ilustre jurista; y para mí es muy grato que quien los represente esta noche sea su bisnieto y también sobrino mío, Ricardo Padilla Navarro Grau, hijo de mi querido primo Ricardo Padilla Freyre.

También integró la Comisión Reformadora el doctor Alberto Eguren Bresani, quien llegó a presidir la Corte Suprema de Justicia de la República y la propia Comisión Reformadora.

Finalmente, otro de los autores del Código Civil fue el profesor Ismael Bielich Flores, quien tuvo una breve participación en la Comisión Reformadora, y quien además, era muy amigo de mi familia.

Por otra parte, debemos señalar que la Comisión Reformadora tuvo siete distinguidos asesores.

Carlos Cárdenas Quirós, aquí presente, brillante exalumno y profesor de derecho de obligaciones de esta universidad, colaboró activamente con el doctor Felipe Osterling Parodi en el proceso de elaboración del Libro de Obligaciones del Código Civil y en su exposición de motivos.

Cárdenas fue mi profesor y nunca olvidaré cuando en una ocasión, en que me escapaba de clase con dos amigos para hacer campaña electoral para postular al tercio estudiantil, nos buscó en el patio y nos hizo volver, diciéndonos que el curso era más importante que la campaña. Obviamente, tenía toda la razón.

Como hemos señalado, Cárdenas Quirós colaboró con el doctor Arias-Schreiber en la obra *Exégesis* y es autor de muchos trabajos sobre Derecho Civil.

Sergio León Martínez, quien también nos acompaña, es un destacado abogado en ejercicio y reconocido árbitro, quien también colaboró activamente con la Comisión Reformadora.

Jorge Muñiz Ziches, aquí presente, es un distinguido exalumno de la Universidad Católica, donde ejerció con brillantez la cátedra de Contratos durante muchos años.

Muñiz fue congresista de la República y es un muy connotado abogado en ejercicio, socio principal de uno de los más grandes y prestigiosos estudios de abogados del Perú.

TRATADO DE DERECHO CASTILLO FREYRE

La doctora Delia Revoredo Marsano también es exalumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde ejerció durante muchos años con brillantez la cátedra de Derecho Internacional Privado.

Revoredo Marsano es una distinguida abogada y árbitro.

Se le recordará siempre por su notable gestión como Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y por su emblemática defensa del estado de derecho como Magistrada del Tribunal Constitucional. En ambos casos, fue la primera mujer en ocupar tan altos cargos públicos.

Delia Revoredo tuvo la brillante idea de compilar los antecedentes y la exposición de motivos de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, obra que publicó en seis tomos en 1985 y cuya segunda edición aparecerá en los próximos meses.

Jorge Vega Velasco, quien hoy nos acompaña y a quien ya me he referido al hablar de su padre, el doctor Jorge Vega García, también fue asesor de la Comisión Reformadora. Es un notable abogado que ejerció la profesión en el Estudio Olaechea y en el Estudio Osterling, del que fue socio; y hoy lo hace en su propio Estudio. Habiendo sido su alumno, soy testigo de lo interesantes que eran sus clases de derecho de garantías, curso que dictó, durante muchos años, en nuestra Facultad.

También asesoró a la Comisión Reformadora la doctora Shoschana Zusman Tinman, egresada de nuestras aulas, en las que ha ejercido la docencia durante años, en diversos cursos de Derecho Civil, especialmente en acto jurídico y últimamente en destrezas legales.

Shoschana Zusman es una distinguida abogada en ejercicio.

También fue asesor de la Comisión Reformadora, el doctor Rafael Rosselló de la Puente, ya fallecido; notable abogado, quien se especializó en Derecho Mercantil.

Rosselló fue mi profesor en esta casa de estudios y sus alumnos siempre apreciamos la claridad de sus conceptos, la precisión de sus ideas y su capacidad y talento para innovar y responder a los requerimientos de los tiempos.

Hoy nos acompaña su hija Milagros, a quien agradecemos su presencia.

Luego de concluido el trabajo de la Comisión Reformadora, aquél fue objeto de análisis por parte de otra Comisión, denominada Revisora, presidida por don Javier Alva Orlandini, en ese entonces, Senador y Segundo Vice-Presidente de la República.

Alva Orlandini es un muy destacado político y abogado en ejercicio.

Asimismo, fue miembro y Presidente del Tribunal Constitucional y gran promotor de la renovación de las más importantes leyes del país.

ESTUDIO MARIO CASTRO REYES

La participación de Alva fue muy activa y permanente en la Comisión Revisora, que presidió.

Esta Comisión tuvo como Vice-Presidente al doctor César Fernández Arce, quien hoy nos acompaña; destacado jurista, exalumno y catedrático de nuestra universidad.

Don César Fernández Arce fue dos veces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a la par que miembro del Congreso Constituyente que elaboró la Carta Política de 1993, que hoy nos rige, en cuya factura tuvo decisiva participación.

Es especialista y maestro en Derecho de Sucesiones, curso que dicta con calidades magistrales y en el que tuve el privilegio de ser su alumno.

Su obra escrita sobre materia sucesoria, es verdaderamente notable.

El doctor Jack Bigio Chrem fue miembro de la Comisión Revisora y antes fue asesor de la Reformadora, razón por la cual —al haber sido el único presente en el trabajo de las dos Comisiones— tuvo pleno conocimiento de la labor de ambos órganos colegiados.

Bigio, destacado abogado en ejercicio y profesor de esta casa de estudios, tuvo una notable participación en la Comisión Revisora e impulsó y trabajó su exposición de motivos. Fue ponente de seis libros en dicha Comisión y contribuyó con el valioso aporte del artículo 21 del Código Civil, norma que prescribe que ningún hijo extramatrimonial que sólo fuera reconocido por uno de sus padres, se quedará con un solo apellido.

Guardo por Jack Bigio profunda gratitud, pues fue en su curso de Contratos Típicos I de esta universidad, donde comencé a dictar cátedra, aunque de manera informal, habiéndolo reemplazado en algunas clases a las que no pudo asistir, a finales de los años ochenta.

También integró la Comisión Revisora el doctor Roger Cáceres Velásquez, aquí presente, a la sazón, senador de la República.

Cáceres Velásquez, ocupó una curul en el Congreso durante varios períodos parlamentarios, dadas sus altas calidades como político y legislador.

En la Comisión Revisora, Cáceres tuvo valiosos aportes en materia de retracto entre colindantes y en lo que respecta a la anticresis.

También integró la Comisión Revisora el doctor Guillermo Velaochaga Miranda, gran abogado, quien fuera profesor principal de esta universidad; hijo de uno de sus fundadores y profesor de deontología forense, curso en el que tuve el privilegio de conocerlo.

Asimismo, integró la Comisión Revisora el doctor Ricardo Castro Becerra, a la sazón, diputado, a quien se le recuerda por su entusiasmo y permanente

colaboración, a la par que por haber sido muy responsable y minucioso en el trabajo de la Comisión, a la que se daba tiempo de asistir, a pesar de sus recargadas labores parlamentarias.

Completan esta Comisión los doctores Edmundo Haya de la Torre, entonces senador de la República, Rodolfo Zamalloa Loayza, diputado, y Roberto Ramírez del Villar, también diputado y quien años más tarde llegara a ser Presidente de esa Cámara Legislativa.

Ellos también formularon valiosos aportes al texto del Código Civil.

A todos los juristas mencionados y a sus familiares, el reconocimiento del medio jurídico y académico y, en especial, el de nuestra Facultad de Derecho, la misma que rinde homenaje —con este Congreso Internacional— a este grupo tan destacado de hombres de Derecho que elaboró nuestro Código: el Código Civil peruano de 1984.

Muchas gracias

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El aporte del doctor Felipe Osterling Parodi al Derecho de las Obligaciones[36]

Sumilla: El presente artículo es una semblanza del doctor Felipe Osterling Parodi, enfocada, principalmente, en la importancia de su obra para el Derecho de las Obligaciones, así como un recuento de su trayectoria profesional.

Palabras clave: Derecho de Obligaciones, docencia universitaria, labor codificadora

1. Introducción

El tema escogido para el presente artículo no versa, como es usual, sobre algún aspecto de notoria relevancia jurídica en materia de Derecho Civil. La ocasión es propicia para tratar la importancia de la obra del doctor Felipe Osterling Parodi en el Derecho de las Obligaciones.

En primer lugar, debido a que la labor que desarrolló el doctor Osterling en dicha materia fue fundamental; sin embargo, esta labor no es necesariamente abarcada en su totalidad por su obra escrita; existen aspectos que se deben conocer que encontramos en otros ámbitos. En segundo lugar, porque se recurre a la memoria para esta semblanza y ella es más fiel mientras más pronto es el llamado y menos lejano el recuerdo.

2. Formación Académica

Felipe Osterling estudió en la Universidad Católica cuando ésta funcionaba en la calle Lártiga del actual jirón Camaná, en el centro de Lima. Siguió la carrera de Derecho entre fines de la década de 1940 y comienzos de la década del 50, habiendo ingresado a dicha universidad con quince años de edad.

La formación académica de Osterling en materia de Derecho Civil se basa, fundamentalmente, en la doctrina imperante en su tiempo, desde que era estudiante hasta la época de su ejercicio profesional. Las doctrinas francesa y argentina fueron sus mayores influencias por diversas razones. La primera, debido a

36 Este acápite se basa en el trabajo del mismo nombre escrito por Mario Castillo Freyre y publicado en *Reflexiones en torno al Derecho Civil: a los treinta años del Código*. Lima: Ius et Veritas, 2015, pp. 81-90.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que durante el siglo diecinueve la doctrina francesa fue dominante en materia de Derecho Civil y, de igual manera, siguió siéndolo en las primeras décadas del siglo veinte. Es a partir de la década de 1930 que la doctrina civil italiana empieza a cobrar gran impulso, lo que la lleva, en décadas posteriores y tras la promulgación del Código de 1942, a adquirir la relevancia de la que hoy goza.

Es también en razón de su formación escolar, que tuvo lugar en el colegio de los Sagrados Corazones Recoleta (regentado por padres franceses), que Felipe Osterling pudo aproximarse a la lectura de textos de autores de esa nacionalidad. Posteriormente, tuvo acceso a la renombrada biblioteca del Estudio Olaechea, al desarrollarse profesionalmente en dicho estudio, la cual fuese nutrida por todas las generaciones de abogados que integran o integraron esta prestigiosa y antigua firma (la más longeva de nuestro país), incluido el propio Manuel Augusto Olaechea, quien importó bibliografía relevante en Derecho Civil, francesa sobre todo. A lo largo de su obra no es extraño encontrar numerosas citas de renombrados autores franceses, tales como Planiol, Ripert, Mazeaud, Josserand, Baudry-Lacantinerie, entre otros. De este modo, se consolidó la gran Influencia de la doctrina francesa en la formación y obra del doctor Osterling.

Pero Felipe también tenía predilección importante por la doctrina argentina, la misma que siempre ha influido de manera notable en el Derecho peruano. Se apoyaba mucho en las opiniones de Raymundo Salvat, Eduardo B. Busso, Héctor Lafaille, entre otros. Cabe mencionar que buena parte de la predilección de Felipe Osterling por autores franceses y argentinos se basaba en la claridad de sus exposiciones, ya que él recusaba las lecturas complejas que llegaban a ser ininteligibles. Consecuentemente, en la redacción de sus trabajos académicos, buscaba la comprensión fácil y rápida de los lectores.

3. Obra escrita en materia de Derecho de Obligaciones

La obra escrita por Felipe se remonta a su tesis de bachiller en Derecho, sustentada en su casa de estudios el 17 de septiembre de 1954, la misma que versó sobre *El derecho de representación sucesoria.* Sin embargo, sus publicaciones se remontan a la década del 50, cuando en 1957 aparece un temprano artículo titulado *Notas sobre el control de sociedades anónimas en el sistema de Derecho angloamericano,* el mismo que fue publicado en la separata de la *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* n.º XVI.

El siguiente trabajo de Felipe es uno de gran relevancia en materia contractual que se publicó en el año 1965, en un número especial de la *Revista del Foro* del Colegio de Abogados de Lima; dicho trabajó llevó como título *Nuevas orientaciones del Derecho.* El artículo de Osterling se refería a *La revisión de los contratos por el Poder Judicial,* y en él analizaba, de modo muy interesante, cómo el Código italiano de 1942 había regulado la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad de la prestación, figuras que resultaban novedosas para el Derecho

FONDO EDITORIAL

peruano, en tanto el Código entonces vigente, de 1936, no las contemplaba. Así, Osterling se preguntaba si dentro del marco legal peruano resultaba o no posible la revisión de los contratos por parte de los tribunales de justicia.

En 1965 publica un excelente artículo sobre la inmutabilidad de la cláusula penal, en el que analizaba el régimen legal peruano, y revisaba las tendencias legislativas y doctrinarias sobre la materia dentro de la tradición jurídica romano-germánica.

Osterling, en materia de cláusula penal, siempre se inclinó por la tesis del Código Civil brasileño de 1916, en el sentido de que la cláusula penal fuera inmutable, pero estableciendo un tope para la misma, el mismo que podría ascender al valor de la prestación adeudada e incumplida. Felipe se mantuvo fiel a esta tesis a lo largo de los años, pero sus intentos de incluirla en el texto del Código Civil de 1984 no prosperaron debido a que los codificadores se inclinaron por hacer honor a la tradición legislativa nacional, permitiendo la reducción de la cláusula penal, tema que se plasmó en el artículo 1346 del Código Civil peruano, basado en el artículo 1227 del cuerpo legal que le precedió.

Otro trabajo importante de Osterling llevó como título *El pago con efectos de cambio,* el mismo que se publicó en 1967, en la primera época de la revista *Thémis* y en el cual analizaba la relación entre este tema, tanto desde la perspectiva civil, como desde el ámbito de los títulos-valores. Además, cabe resaltar que en la primera edición de nuestro *Tratado,* así como en nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones* del año 2008, Osterling se ratificó en sus tesis primigenias de 1967, pero tales posiciones no pudieron ser revisadas en la última edición del *Tratado* (2014) que se publicó dos meses antes de su fallecimiento.

En 1967 también publicó un artículo clásico titulado ¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil comparado? Este trabajo, más allá de ser un importantísimo estudio acerca de la figura mencionada, constituyó un notable aporte sobre dicho medio extintivo de obligaciones, en el que Osterling se encargaba de ilustrar en el sentido de que debía desecharse la vetusta tesis que interpretaba que la compensación opera de manera automática por la sola coexistencia de dos obligaciones recíprocas. En ese sentido, Osterling se dedica a subrayar que, para que opere la compensación, es necesario que una parte la oponga a la otra y, naturalmente, que concurran todos los requisitos para que pueda operar la compensación unilateral, los mismos que hoy se encuentran regulados en el artículo 1288 del Código de 1984.

En adición a lo expuesto, es importante recordar que Felipe Osterling fue parte del notable grupo de profesores de la Universidad Católica, que optó el grado de doctor en Derecho en la década del sesenta. Él lo hizo en 1967 con la tesis titulada *Inejecución de Obligaciones Contractuales en el Código Civil peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios.* Esta tesis resulta fundamental en la vida académica de Osterling, pues constituye un prolijo estudio de la patología

del incumplimiento dentro del régimen de la responsabilidad contractual. Dicha obra, además, sirve de base, en cuanto a sus doctrinas, para diversos aspectos que luego formaron parte de la normativa del Código Civil de 1984.

Por otra parte, la tesis doctoral de Osterling es publicada en años posteriores, en una serie de obras colectivas en donde resaltan los libros de homenaje que Cultural Cuzco Editores (la más importante casa editorial peruana de la década del ochenta en materia de Derecho), publicara en honor a diversos notables juristas.

Así, en el libro *Homenaje al doctor José León Barandiarán* de 1985, Osterling aporta el trabajo titulado *La indemnización de daños y perjuicios*. En 1986, en el libro *Homenaje al doctor Rómulo Lanatta Guilhem,* publica *Inejecución de obligaciones: dolo y culpa.* En tanto que en 1987, ya en la segunda época de la revista *Thémis*, publica su trabajo *La mora del deudor.*

Al año siguiente, Cultural Cuzco edita el libro *Estudios jurídicos en honor a los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet,* para el que Felipe escribe el trabajo titulado *Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa.* Ese mismo año (1988) aparece el libro *Homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez,* en el que Osterling publica su trabajo *Obligaciones con cláusula penal.* Es importante anotar que todos estos trabajos, si bien se basaban en la tesis doctoral de Osterling, representaron un esfuerzo notable del autor, pues habían sido adecuados y actualizados a la normativa del Código Civil de 1984, el mismo que ya se encontraba en vigencia. También es de resaltar que en 1988, en una obra colectiva publicada por el Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), titulada *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano,* aparece el artículo de Osterling *Contratación Contemporánea. Efectos de la Inflación. Nominalismo y Valorismo.*

Por otra parte, debemos poner de relieve la labor de Felipe, apenas promulgado el Código Civil de 1984, en el sentido de difundir sus doctrinas. Fue uno de los profesores que realizó la exposición de motivos más prolija de ese Código. Dicha exposición de motivos recién apareció algunos meses después en la obra colectiva de las exposiciones de motivos del Código Civil, compilada por la doctora Delia Revoredo Marsano y, sólo en 1986, fue publicada como libro independiente dentro de la *Biblioteca Para leer el Código Civil.* La exposición de motivos de obligaciones constituye uno de los libros jurídicos más reeditados y de mayor circulación en el Perú. Su difusión ha sido y es masiva.

Es necesario subrayar que la exposición de motivos de Osterling debe ser entendida únicamente como una exposición de motivos y no como un curso universitario o un manual de Derecho de Obligaciones. Su objetivo fue (y así se deduce fácilmente de su lectura) el de ser una obra en la cual el autor describiera las líneas generales que, en materia normativa, siguió el Código de 1984 en esta materia, a la par que describe, con prolija minuciosidad, todas las fuentes legislativas,

nacionales y extranjeras de cada una de las normas del Libro de Obligaciones del Código Civil y, cuando ello corresponde, las razones en que se fundamenta la variación legislativa con respecto al Código de 1936. Es de resaltar que la exposición de motivos contó con la valiosa colaboración del profesor Carlos Cárdenas Quirós, quien fue asesor de la Comisión Reformadora del Código Civil.

No debemos olvidar que Felipe Osterling escribe también la presentación de la obra colectiva compilada en 1985 por la doctora Delia Revoredo y, previamente, en septiembre de 1980, redacta una enjundiosa introducción a una obra de dos tomos titulada *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil,* que publicara el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú conjuntamente con el Ministerio de Justicia. Dicho prólogo fue escrito por Felipe en su doble condición de Presidente de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 y Ministro de Justicia, cargo que había asumido el 28 de julio de ese año, es decir, apenas dos meses antes. Esta obra colectiva, elaborada por la Comisión Reformadora, representó un elemento muy importante de difusión de los avances que ya se tenían sobre el futuro nuevo Código y, con ella, se dio origen a un gran debate público sobre las propuestas que, por primera vez, se publicaban en blanco y negro, y de manera oficial.

Como puede apreciarse, los trabajos escritos por Osterling en materia de Derecho de Obligaciones, entre 1965 y 1985, marcan una pauta muy importante en la doctrina peruana y su obra escrita devino en esos años en la de mayor actualidad, pues el magnífico libro del maestro León Barandiarán sobre la materia fue redactado en plena vigencia del Código de 1936 y el ilustre profesor sanmarquino no tuvo oportunidad de adecuarlo al Código de 1984.

El mérito de esta obra escrita es muy grande, no sólo por la calidad de la misma, sino por dos razones adicionales. En primer lugar, porque Osterling no fue profesor a tiempo completo ni profesor a medio tiempo; siempre tuvo la condición de profesor a tiempo parcial por asignatura. Ello significa que no tenía espacios en su labor cotidiana que pudieran ser destinados, exclusivamente, a la investigación jurídica. Osterling era, en lo fundamental, un abogado en ejercicio, con una cartera de clientes muy importante, a la par que director de diversas compañías, de manera tal que, para escribir, necesariamente, tuvo que destinar muchas horas durante los fines de semana y las noches de los días laborables. En segundo lugar, se suma el hecho de que Osterling tuvo una vida política muy activa a partir de 1980 como Ministro de Justicia y, desde 1985, como Senador de la República. Esto significa que el mérito de la continuidad y calidad de los trabajos de Felipe es muy grande. Esta etapa académica de Osterling se desarrolla de manera personal y no en coautoría.

La intensa labor política de Felipe determinó que su producción jurídica se viera mermada entre 1989 y 1992. Ésta, sin embargo, vuelve con nuevos bríos a partir del verano de 1993. Lo escrito por el maestro, en materia de Derecho de Obligaciones, entre 1993 y su fallecimiento en agosto del año 2014, lo fue en

coautoría con el autor del presente artículo. Así, entre los años 1994 y 2003, publicamos la primera edición de nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*; en el 2008, nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones,* obra resumen del *Tratado*; y, hace unos meses, en junio del 2014, la segunda edición del *Tratado,* al igual que la segunda edición del *Compendio*, esta vez publicada en agosto del 2014, en Bogotá. Dichas obras, además, permitieron tomar como base infinidad de temas abordados en ellas para elaborar artículos que fueron solicitados por las más diversas revistas de Derecho de nuestro país y del extranjero.

4. Docencia universitaria

Por otra parte, en lo que respecta a la docencia universitaria, podemos decir que, luego de terminados sus estudios de Derecho y de haber obtenido el título de abogado en la Universidad Católica, Felipe hizo un posgrado en la Universidad de Nueva York y, ya establecido profesionalmente, comienza a dictar el curso de Obligaciones en 1964. Su vinculación con la referida asignatura en la Universidad Católica se prolongó durante cincuenta años, los cuales sólo tuvieron la interrupción de los dos semestres académicos (el segundo de 1980 y el primero de 1981) en que Felipe ejerció el cargo de Ministro de Justicia, en el segundo gobierno del arquitecto Belaunde.

Felipe renuncia a su condición de Profesor Principal y Ordinario de la Facultad a fines del 2013, cuando ya se encontraba sumamente delicado de salud y sus condiciones físicas le impedían desplazarse por sí mismo, aunque conservó intacta su lucidez hasta el día de su fallecimiento. Pocas semanas después de su renuncia, el Consejo Universitario le otorga la condición de Profesor Emérito, la más alta distinción que brinda la mencionada casa de estudios a quienes han sido sus profesores.

Las clases de Felipe Osterling eran de corte magistral, llenas de ejemplos muy ilustrativos y memorables. Sus clases eran un muy buen ejemplo de que el método magistral puede ser excelente, siempre que se le sepa emplear. Felipe tenía la convicción de que no debe existir un método único ni oficial para el dictado de las clases, no sólo porque cada profesor conoce mejor que nadie la manera en que le resulta más fácil aproximarse a sus alumnos, sino también porque hay cursos en los que el método activo será más pertinente, en tanto en otras asignaturas la clase magistral deberá tener lugar preponderante. Todo ello aunado al hecho de que la imposición de un método único u oficial para el dictado de clases es atentatoria a la libertad de cátedra. Y, consecuente con estas ideas democráticas y de libertad, es que Felipe siempre fue respetuoso de las opiniones de sus alumnos, dando respuesta precisa a las preguntas que se le formulaban y demostrando una permanente versación jurídica que no se limitaba a la respuesta propia del Derecho de Obligaciones, sino que se extendía con la ilustración de importantes temas más complejos, fruto de la experiencia vivida en su vasta trayectoria profesional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Osterling era de aquellos catedráticos que demostraban en el ejercicio docente lo fundamental que es que el profesor, a la par de la cátedra universitaria, ejerza la profesión de abogado. Ello, en razón de que la estructura del curso universitario de un hombre con experiencia profesional, es, por naturaleza, distinta de aquélla que impondrá en su cátedra el académico puro. En ese sentido, las clases de Felipe Osterling se enriquecían notablemente por otro elemento que debe tenerse en consideración; y es que en su vida profesional tuvo el privilegio de atender asuntos de los más importantes que se desarrollaban en el mundo jurídico peruano.

Estas condiciones de extraordinario catedrático fueron las que motivaron que, prácticamente, todas las Facultades de Derecho del Perú y los más diversos Colegios de Abogados de la República lo invitaran a dictar conferencias sobre Derecho Civil y, específicamente, sobre Derecho de Obligaciones. Sus condiciones de gran orador y el carisma que siempre tuvo frente a los auditorios hicieron que fuese designado Profesor Honorario y Doctor *Honoris Causa* de varias universidades, a la par que miembro honorario de muchos Colegios de Abogados.

5. Labor codificadora

Pasando a comentar otro de sus grandes aportes al Derecho, trataremos acerca de su labor codificadora.

Felipe Osterling fue Presidente de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 entre los años 1971 y 1984, más de trece años de intensa labor. La elaboración del Código de 1984 fue una empresa desafiante no sólo por la envergadura de la obra legislativa, sino también por el lento avance. La labor se complicaba debido a que la elaboración del Código no fue una obra conjunta, en el sentido de que todos los libros del referido cuerpo legal hayan sido proyectados por la Comisión en pleno, sino por determinados ponentes a quienes se encargó la elaboración de los respectivos anteproyectos de cada uno de esos libros.

Ello implicaba que el presidente de la Comisión; es decir, Osterling, debía encargarse de coordinar el funcionamiento de la misma, incluso presionando a sus distinguidos colegas a fin de que culminaran sus trabajos a tiempo y se pudieran ensamblar los textos del futuro Código. De ese modo se consiguió tener listo el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, el mismo que luego fue objeto de estudio por la Revisora, pero que constituyó, en lo fundamental, el centro del futuro Código de 1984.

En lo que respecta al Libro VI, de Derecho de las Obligaciones, el anteproyecto fue elaborado por Felipe Osterling y concluido en 1981. Si se tuviera que resumir en pocas palabras dicha obra legislativa, se tendría que decir de ella es verdaderamente notable. En estos treinta años de vigencia del Código Civil, dicho libro ha merecido muy escasas modificaciones, básicamente, centradas en el capítulo de pago por consignación, variado íntegramente por las normas complementarias del Código Procesal Civil, en 1993, y el caso del artículo 1236, relativo a

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

las obligaciones de valor. En lo que respecta a las nuevas normas de pago por consignación, ellas son de notoria inferior calidad que los preceptos originales del Código y no sólo eso, sino que algunos de estos artículos, en especial el emblemático 1252, constituyen verdaderos absurdos e imposibles jurídicos dignos de un museo de rarezas. Por otro lado, en lo que atañe al artículo 1236, dicha norma sufrió dos modificaciones en estos treinta años, pero lo más curioso es que a través de la segunda modificación se retornó al texto original de 1984.

En buena cuenta, en treinta años sólo han sido modificados (y notoriamente para mal) cinco de los 218 artículos del libro de Derecho de Obligaciones, es decir, el 2.29 % de sus preceptos. Ésta constituye prueba palpable de la factura del libro de Obligaciones del Código Civil y de la fina pluma y elevado criterio de su autor. Por lo demás, el Derecho de Obligaciones es una materia felizmente ajena a los vaivenes de la cotidianeidad política, vale decir, de aquello que se discute como polémico en los medios de comunicación.

A pesar de no tratarse de materias de carácter inmutable, los temas que componen el Derecho de las Obligaciones son de aquéllos más sólidos dentro del Derecho Civil que han favorecido notoriamente la estabilidad legislativa de este libro, en comparación con otros. La historia normativa del Derecho de Obligaciones en el Perú es muy rica y, al igual que en otras materias, se remonta al proyecto de Código Civil que elaboró el ilustre Manuel Lorenzo de Vidaurre, en 1835; pero el Libro de Obligaciones de 1984 tiene como fuente fundamental al Código de 1936, ya influenciado no sólo por el Código francés de 1804, sino por el Código alemán del año 1900 y por otros cuerpos normativos.

Tal como ocurrió en otras materias, la regulación del Derecho de Obligaciones en el Código de 1984, también se vio influenciada por el Código Civil italiano de 1942, el mismo que entró en vigencia sólo seis años después del Código peruano de 1936. Es claro que el Código de 1936 no llega a tener la influencia italiana, a pesar de que el Proyecto franco-italiano de obligaciones y contratos de 1927 le precedió en varios años. Y esto fue así porque las labores de la Comisión que redactó el Código de 1936, fundamentalmente, se desarrollaron entre 1922 y 1928 y la Comisión Revisora de ese proyecto no introdujo notorias reformas en el breve periodo en que funcionó en el año 1936.

Pero las fuentes de referencia legislativa del Derecho de Obligaciones en el Código de 1984 son de lo más diversas. El profesor Osterling consultó numerosos códigos civiles y proyectos de código para la elaboración de su Anteproyecto del libro VI. Dichos cuerpos legales, de las más diversas latitudes, comprendieron desde el Código francés hasta los códigos de más reciente promulgación. En ese sentido, la labor codificadora de Osterling fue muy completa. En las exposiciones de motivos de los diferentes libros que componen el Código Civil, no se observa un trabajo que haya contado con tantas fuentes normativas. Estimamos que la labor de Derecho comparado en esta materia fue fundamental para lograr una obra de excelente factura.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar, dentro de las fuentes empleadas por Felipe, al borrador de Anteproyecto del Libro de Derecho de Obligaciones que había elaborado el doctor Jorge Vega García hasta su fallecimiento en 1973. Sin duda, la gran experiencia profesional de Vega García nutrió notablemente dicho Anteproyecto y el mismo fue valorado de manera permanente por Felipe.

6. Conclusiones

Concluimos este artículo señalando que la intención ha sido ilustrar la decisiva participación de don Felipe Osterling Parodi en la formación y consolidación del Derecho de Obligaciones en el Perú.

No cabe duda de que desde 1964, año en que empezó a dictar el curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, hasta su reciente fallecimiento —es decir, durante exactamente medio siglo— la constancia y perseverante labor académica, docente, profesional, codificadora y legislativa de Osterling, fue decisiva.

Si se tuviera que calificar a los juristas que más influyeron en el Derecho de Obligaciones en la historia del Perú, sin duda mencionaríamos dos nombres. El primero de ellos, don Manuel Augusto Olaechea, el más notable hombre de Derecho de la primera mitad del siglo veinte. Olaechea no sólo fue un hombre público, habiendo ocupado la presidencia del Banco Central de Reserva y el cargo de Ministro de Hacienda, sino, fundamentalmente, un gran abogado en ejercicio y un extraordinario codificador, ponente del Libro de Obligaciones y Contratos del Código Civil de 1936, y autor de extraordinarias piezas jurídicas que obran en las actas de la Comisión que se encargó de elaborar dicho cuerpo normativo.

El segundo nombre es el de Felipe Osterling Parodi, quien siempre fue admirador de la figura de Olaechea y se encargó de desarrollar, a lo largo de cincuenta años, la doctrina de las Obligaciones en el Perú, a la par que se dedicó a brindar, generosamente, sus conocimientos en esta materia a sus alumnos regulares y a todos aquellos que estaban interesados en escucharlo.

Estoy seguro de que mis afectos no me han hecho exagerar una sola palabra en lo que he expuesto.

ESTUDIO DE CASTRO FREYRE

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

1. NOTA PRELIMINAR

Por decreto supremo de primero de marzo de 1965 se constituyó la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.

Aunque el Código de 1936 aún no había cumplido treinta años de vigencia, un grupo de ilustres juristas y maestros universitarios, presidido por el entonces ministro de Justicia doctor Carlos Fernández Sessarego, optó no por preparar una ley de enmiendas, sino por la ardua y difícil tarea de redactar el proyecto de un nuevo Código Civil. Varias razones determinaron tal decisión.

En primer término, que la ley civil pusiera el mayor énfasis en los derechos de la persona humana y no en el patrimonio. Es cierto que un Código Civil contiene con frecuencia normas que se ciñen primordialmente a los aspectos patrimoniales. Ello ocurre, sin duda, en el Derecho de Obligaciones. Pero también es verdad que esas normas pueden poner énfasis, cuando su naturaleza así lo determina, en los derechos de la persona humana. En síntesis, se quería lograr un Código inspirado en el más profundo humanismo.

Era preciso, por otra parte, adaptar la ley civil a las nuevas realidades sociales, políticas, económicas y tecnológicas de nuestra patria, muy distintas a las que prevalecían en 1936.

El Código vigente en aquella época, redactado por una pléyade de juristas y maestros insignes, era, a juicio de la Comisión, lacónico, excesivamente lacónico. Numerosas normas de ese Código sólo estaban al alcance de jueces y abogados y, ocasionalmente, de juristas especializados en la materia. El Código de 1936 fue técnico y virtuoso, pero a menudo inalcanzable —debido a la parquedad de sus preceptos— por las personas cuyos derechos y obligaciones él regía. Se había producido un contraste entre las reglas explícitas y pedagógicas del Código Civil de 1852 y las normas técnicas y sobrias del Código Civil de 1936. La Comisión deseó buscar un justo equilibrio entre ambos códigos. Es verdad que la ley civil no se configura como un tratado o manual de Derecho. Pero ello no significa que sus preceptos sólo puedan estar al alcance de unos pocos. Aquí recogemos el apotegma del eminente Manuel Augusto Olaechea, quien expresaba que la ley debía enseñar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, cuando la Comisión, en 1979, preparaba el proyecto final del nuevo Código, luego de amplios diálogos y debates, de extensas reuniones, de éxitos y de sinsabores, se promulga la Constitución Política que entró en plena vigencia el 28 de julio de 1980. Algunos preceptos constitucionales exigieron la adaptación de determinadas normas del Proyecto a ellos. La nueva Constitución Política de 1993 no exige mayores cambios en el Código vigente y ninguno en el Libro VI sobre las Obligaciones.

Cupo a uno de los autores de esta Nota Preliminar, Felipe Osterling Parodi, asumir la presidencia de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil a principios de la década del setenta y de desempeñar ese cargo hasta la promulgación del nuevo Código, el 24 de julio de 1984. Por un honroso e inmerecido privilegio del destino, el Proyecto de Código Civil fue presentado por dicho autor a los presidentes de los poderes públicos en julio de 1981, cuando desempeñaba la función de ministro de Justicia.

Fue Max Arias-Schreiber Pezet, jurista y maestro de singulares calidades intelectuales, miembro de la Comisión desde el primero de marzo de 1965, quien por un merecido designio tuvo la honrosa misión, al promulgarse el nuevo Código, de refrendar la firma del Presidente Constitucional de la República arquitecto Fernando Belaunde Terry, un 24 de julio de 1984, cuando ostentaba el cargo de ministro de Justicia.

La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil trabajó intensamente, pocos meses después de la presentación del Proyecto de Código Civil y hasta su promulgación, con una Comisión Revisora que instituyó por Ley el Congreso de la República, la que estuvo integrada por distinguidos juristas que representaron al Senado de la República, a la Cámara de Diputados y al Ministerio de Justicia.

Vale aquí la pena dejar constancia expresa de que pocas veces en el Perú ha tenido tanta difusión un proyecto de Ley —el Proyecto de Código Civil— y la Ley misma —el Código Civil de 1984—. No ha habido foro, llámese Poder Judicial, universidades, colegios de abogados, medios de comunicación social o, en general, instituciones vinculadas al conocimiento, estudio y difusión de las ciencias jurídicas, al que no hayan concurrido, y lo continúen haciendo, quienes tuvieron el honor de forjar el nuevo Código Civil. Invariablemente han participado en esos foros con esfuerzo, con talento, con amor por el Derecho y, por cierto, con no pocas incomprensiones. De allí el justo homenaje que los autores les rendimos dedicándoles esta obra.

Hemos deseado hacer una breve génesis del nuevo Código, porque tanto en los trabajos preparatorios como en la elaboración del Proyecto, y luego en la redacción del texto final, participaron selectos juristas, tratadistas, maestros universitarios y abogados, para lograr una ley civil moderna y de avanzada, que ha dado origen a lo que hoy se conoce como Nueva Escuela del Derecho Civil.

El Código Civil de 1984, cuyo Proyecto en la parte relativa al Derecho de Obligaciones fue redactado por el coautor de esta obra, Felipe Osterling Parodi, tiene estructura similar, en cuanto a su organización, a la del Código anterior de 1936. Se consideró, sin embargo, que el Derecho de Obligaciones, a diferencia de lo que ocurría con el Código de 1936, debía identificarse en un libro separado de las normas sobre el acto jurídico, la responsabilidad extracontractual, la prescripción y la caducidad, y los contratos.

En efecto, el Código anterior agrupaba en el Libro Quinto, sobre Derecho de Obligaciones, materias vinculadas pero distintas. En la Sección Primera regía los actos jurídicos y, además, los actos ilícitos y la prescripción extintiva. Luego, en la Sección Segunda se refería a las obligaciones y sus modalidades y en la Sección Tercera a los efectos de las obligaciones. Y finalmente, en las Secciones Cuarta y Quinta trataba de la parte general de los contratos y de los contratos nominados, respectivamente.

Hoy el acto jurídico tiene su propio libro, el Libro II. La generalidad de sus preceptos determinó que la Comisión de Reforma del Código de 1936 ubicara la materia inmediatamente después del Libro I, sobre el Derecho de las Personas.

Las normas sobre obligaciones se encuentran en el Libro VI, también debido a su generalidad, como sucede con el acto jurídico, generalidad que no corresponde necesariamente a otras ramas del Derecho Civil que se agotan en su propio ámbito.

Luego, en el Libro VII, bajo la denominación de fuentes de las obligaciones, se incorporan las reglas sobre los contratos en general, los contratos nominados, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual, materia esta última tratada con el nombre de acto ilícito por el Código Civil de 1936.

Y, por último, el Libro VIII trata sobre la prescripción y la caducidad. Valga aclarar que en el Código anterior los preceptos sobre prescripción —nos referimos desde luego a la prescripción extintiva— se encontraban ubicados en la parte final de los actos jurídicos, a continuación de las normas sobre el acto ilícito, y que ese Código no contenía reglas organizadas sobre el importante tema de la caducidad.

En consecuencia, el Código Civil peruano de 1936 —cuyas bondades en la materia eran relevantes— constituye antecedente inmediato del Libro VI del Código Civil de 1984, dedicado al Derecho de Obligaciones.

Los preceptos de ese cuerpo legislativo se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil peruano de 1852 y en su fuente más importante, el Código Napoleón, así como en los Códigos Civiles español y argentino, en el Código alemán de 1900, en los Códigos suizo y brasileño, y en el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos.

Para la redacción del Código Civil de 1984 también fueron tomadas en cuenta las normas de otros códigos civiles, proyectos y anteproyectos, tales como los

ESTUDIO OSTERLING ABOGADOS

Códigos Civiles italianos de 1865 y 1942; los Códigos Civiles austríaco, boliviano, colombiano, chileno, chino, dominicano, ecuatoriano, egipcio, etíope, filipino, griego, hondureño, húngaro, libanés, mejicano, polaco, portugués, portorriqueño, ruso, salvadoreño, uruguayo y venezolano; el Proyecto de Código Civil peruano de 1890, el Proyecto checoeslovaco, el Proyecto holandés, el Proyecto Mazeaud, el Proyecto Rojina de Reformas al Código Civil mexicano, el Proyecto Toro de Código Civil boliviano y el Proyecto Sánchez de Bustamante de Código Civil cubano; el Anteproyecto brasileño de Código de las Obligaciones y el Anteproyecto Ossorio de Código Civil boliviano. Muchas de las reglas incorporadas en el Libro VI del Código Civil de 1984 encuentran su origen en preceptos allí consignados.

El Libro VI, en suma, no destruye el rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica sustancialmente sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor. A ello obedecen los cambios e innovaciones que en él se incorporan.

En la primera parte del Libro VI, denominada «Las obligaciones y sus modalidades», se consignan normas sobre las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer; obligaciones alternativas y facultativas; obligaciones divisibles e indivisibles; obligaciones mancomunadas y solidarias; reconocimiento de las obligaciones; y transmisión de las obligaciones.

En la segunda parte, referente a los efectos de las obligaciones, se establecen reglas de carácter general y luego preceptos sobre el pago, tales como sus disposiciones generales, el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación, la dación en pago y el pago indebido; la novación; la compensación; la condonación; la consolidación; la transacción; el mutuo disenso; y la inejecución de las obligaciones, que comprende, a su vez, las disposiciones generales sobre esta última materia y las normas sobre la mora y las obligaciones con cláusula penal.

El Libro VI, a diferencia de su antecedente inmediato, incorpora en forma ordenada preceptos sobre la transmisión de las obligaciones. Es así que dedica los artículos 1206 a 1217 a la cesión de derechos. Trata, además del pago de las obligaciones de dar sumas de dinero, del pago de intereses y de la mora del acreedor, las que se ofrecen como nuevas instituciones y que se comentan en el transcurso de esta obra.

Hemos mencionado la generalidad del Derecho de Obligaciones. Las personas naturales y jurídicas permanentemente generan y extinguen obligaciones. Usualmente ello pasa inadvertido porque tales obligaciones sobreviven en los actos propios de la vida cotidiana tan sólo un momento y sus consecuencias suelen ser irrelevantes. Nos referimos, por ejemplo, a la adquisición de bienes para el consumo doméstico o al transporte en vehículos públicos. Sin embargo, si en algún momento adquirir bienes para el consumo doméstico o usar un vehículo

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

público perjudicara la salud o integridad física, entonces la relación obligacional podría adquirir singular transcendencia al entrar en juego todos los mecanismos de la responsabilidad.

La contratación mayor es diferente. Un sofisticado contrato de enajenación o determinadas obligaciones de hacer o de no hacer pueden revestir trascendencia tan significativa que determine la aplicación de diversas instituciones del Derecho de Obligaciones.

El Derecho de Obligaciones, por otra parte, se aplica a todas las ramas del Derecho Civil, llámese Derecho de Personas, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones o Derechos Reales, aunque sus preceptos, desde luego, están estrechamente vinculados a las denominadas fuentes de las obligaciones.

Pero el Derecho de Obligaciones no se agota dentro del propio Derecho Civil. Es mucho más amplio y se aplica, en rigor, a las demás ramas del Derecho, trátese del Derecho Tributario, Derecho de Trabajo, Derecho Mercantil, Derecho Penal, entre muchas otras.

Este carácter general y la singular importancia de la teoría de las obligaciones han inducido a algunos autores a decidir que ellas deben integrarse en la parte general del Derecho Civil.

Quien con más énfasis adopta esta tesis es Marcel Planiol, en el prefacio del Tomo II de su *Tratado elemental de Derecho Civil*, citado por Julien Bonnecase[37], cuando expresa que

> Si se quisiera organizar para el Derecho Civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, debería analizarse en primer lugar la teoría general de las obligaciones; cuando el estudiante sepa lo que es un acreedor y un deudor, cómo se es acreedor y deudor y cómo se deja de serlo, podrá comprender inmediatamente y sin esfuerzo las teorías e ideas que no asimila actualmente sino en forma muy imperfecta y con dificultad. La experiencia es fácil de hacer; tómese una después de otra, las materias que en el Código Napoleón preceden a las obligaciones, como el estado civil, el matrimonio, la tutela, etc. En cada página, en cada línea, tan pronto como se trata de comentarlas, nos encontramos con las palabras validez, nulidad, obligación, crédito, capacidad, prueba, autenticidad, condición, término, etc., es decir, con numerosas nociones generales que pertenecen a la teoría de las obligaciones; nos vemos pues en la necesidad, para explicar estas materias, de recurrir a la teoría de las obligaciones. Este hecho es aún más evidente si se pasa a las sucesiones o donaciones donde se trata del conjunto de los derechos patrimoniales y que están más estrictamente dominados por las nociones que dependen de la teoría de las obligaciones.

37 Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, p. 25.

Por tanto, en la parte que el Código consagra a las obligaciones se encuentran todos los textos que tienen el valor de principios generales del Derecho, los cuales deben conocerse para comprender los demás.

El propio Julien Bonnecase[38], citando a René Demogue, indica que:

> La ley general de las obligaciones y contratos es la ley esencial y fundamental de la legislación civil. Es la ley de todos, de todos los actos y de todos los instantes. Las otras partes del Derecho, vivificadas y fecundadas por ella, conducen a la misma o de ella se derivan; constantemente es su punto de partida y su fin. En ellas se resumen los elementos de la sociabilidad humana; en los contratos encontraremos la libertad moral del hombre; en las obligaciones que resultan de la ley, la igualdad de los deberes sociales; en las obligaciones, la propiedad; en la transmisión de las obligaciones y de los derechos, la herencia y la familia.

En nuestra opinión la teoría de las obligaciones está bien ubicada en el Código Civil de 1984. Lo esencial era que la materia se integrara en un libro especial, a fin de presentar sistemáticamente reunidas y ordenadas las reglas referentes a las modalidades y efectos de las obligaciones. Éste es el método que ha prevalecido en los códigos modernos y éste es el sistema del Código actual.

Conviene aquí recordar que lo expuesto no constituye, en modo alguno, una crítica al Código Civil de 1936. Este Código, como hemos expresado, agrupó ordenadamente las normas sobre las obligaciones, a diferencia de su antecedente, el Código Civil peruano de 1852, que si bien organizó sistemáticamente lo relativo a la extinción de las obligaciones, no hizo lo mismo con sus modalidades, cuyas normas se confundieron con preceptos relativos a los contratos. Y esta confusión era criticable por la razón señalada, ya que si bien el Derecho de Obligaciones se aplica principalmente a los contratos, que constituyen su fuente más fecunda, también se aplica a las demás materias del Derecho Civil y, en general, a las otras ramas del Derecho.

Deseamos aquí referirnos a dos temas vinculados al Derecho de Obligaciones que, en nuestra opinión, tienen importancia singular. El primero, la influencia del Derecho romano en esta materia. Y el segundo, la evolución del contrato, el gran generador de obligaciones, su causa eficiente más generosa.

El Derecho romano conserva influencia considerable en el Derecho de Obligaciones. Ello se explica, según Raymundo M. Salvat[39] por dos razones. La primera, porque las obligaciones y contratos constituyen la parte más abstracta de las instituciones civiles, aquellas cuyos caracteres difieren menos de un pueblo a

38 *Ibidem*, p. 35.

39 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo I, p. 8.

otro; mientras que otras materias de Derecho Civil, como la organización de la familia, los regímenes hereditarios o la propiedad, tienen en cada país características y modalidades propias. Y la segunda, porque los jurisconsultos romanos, al elaborar la teoría de las obligaciones, alcanzaron un alto grado de sabiduría y de perfección.

El tema, sin embargo, se ha prestado a controversias. Algunos autores sostienen que evidentemente existe considerable influencia del Derecho romano en materia de obligaciones, pero que algunas instituciones han cambiado en forma sustancial.

Así, Marcel Planiol y Georges Ripert[40] afirman que

> Se ha repetido hasta la saciedad que las obligaciones representan la parte inmutable del Derecho. Se estima que sus reglas principales son verdades universales y eternas. Esto es una ilusión. Es indudable que esta materia está menos sujeta que las demás a los efectos de las revoluciones políticas, pero no escapa totalmente a ellas aun cuando sus transformaciones sean más lentas.
>
> Los tratadistas franceses modernos han errado al sostener tal idea debido a que desde el siglo XVI al siglo XVIII la teoría de las obligaciones ha sido reconstruida, utilizándose materiales romanos, por Dumoulin, D'Argentre, Domat y Pothier. Gracias a esta obra de restauración, el Derecho les pareció evidenciar una continuidad que, sin embargo, resulta históricamente falsa; durante toda la Edad Media, la parte de Francia en que reinaba el derecho consuetudinario, practicó, en materia de contratos y obligaciones, un sistema original, de fuente germánica, del cual pudiéramos decir que desplazó el antiguo derecho romano. Aun en nuestros días, después de restauradas las tradiciones romanas, el sistema del Código Napoleón guarda solamente un remoto parecido con las obligaciones y los contratos tales como aparecían regulados en *Las instituciones* de Gayo y de Justiniano; además, desde 1804 se ha producido un nuevo movimiento avivado por la publicación del Código alemán.
>
> En realidad, la teoría de las obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y morales entre los hombres. Por lo tanto, es forzoso que sufra las consecuencias de la evolución de esas relaciones.
>
> En primer lugar, notamos una marcada influencia de las ideas morales. Si bien la técnica de la obligación conserva mucho del Derecho romano, no hay que olvidar la obra de los canonistas en la formación de la teoría de los contratos. Actualmente, en muchas cuestiones ardientemente discutidas,

40 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones, primera parte.* Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, tomo VI, p. 9.

> notamos la influencia de la regla moral esforzándose por ser reconocida como regla jurídica.
>
> Por otra parte, la transformación económica del siglo pasado ha hecho surgir nuevas concepciones jurídicas o ha modificado las concepciones tradicionales; nótese, por ejemplo, la creciente práctica del seguro, vigorizando la estipulación a favor del tercero; los riesgos inherentes a la gran industria transformando la teoría de la responsabilidad civil; las agrupaciones corporativas resucitando la asociación profesional y creando el contrato colectivo.

Lerminier (*Philosophie du Droit*, 1891, tomo I), por su parte, citado por el propio Julien Bonnecase en la obra a la que nos hemos referido[41], señala que

> En las Pandectas, el desarrollo de la teoría de las obligaciones es dialéctico y filosófico. La doctrina se ha confundido con las singularidades de la historia y nos ha legado una mezcla de detalles indigestos, de principios siempre verdaderos, de sutilezas infinitas que aún nos embarazan. Pothier, en su excelente *Traité des Obligations*, estableció un método, pero no la reforma de esta herencia histórica. Los redactores del Código Civil delinearon las explicaciones de Pothier, pero no trataron esta materia con independencia filosófica, única capaz de aclararla. Así, respetaron todas esas galimatías obtusas [sic] de las obligaciones divisibles e indivisibles, dejando que la ley degenere, bajo su influencia, en una doctrina prolija y escolástica.

No entendemos, con toda franqueza, los comentarios de Lerminier, cuando se refiere a que el tratamiento de las obligaciones divisibles e indivisibles ha estado plagado de galimatías obtusos. La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación es una circunstancia jurídica ineludible en la relación obligacional cuando existe pluralidad de sujetos, es decir, de acreedores o de deudores. Sus consecuencias jurídicas son muy claras.

Es verdad que si nos remontamos al Derecho antiguo, donde se confundía la división física o material con la división intelectual, podríamos ingresar al terreno de los galimatías, porque todo lo intelectual es divisible. Se trataba de una confusión entre la prestación y el derecho anexo. La prestación, que constituye el objeto de la obligación, es divisible o indivisible según sus características materiales o naturales. El derecho anexo, que discurre en la órbita de los Derechos Reales, es siempre divisible por su nota intelectual.

Hoy día, con semillas que dieron algunos frutos en el Derecho romano, estamos hablando de la naturaleza de la prestación y de la posibilidad de que ella pueda cumplirse por partes o únicamente en forma íntegra. Y, desde esta óptica, tal teoría prevalece en todas las legislaciones modernas, cada vez con mayor claridad y asentamiento jurídico.

41 BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, p. 28.

Nosotros más bien nos adherimos a las tesis de otros tratadistas, quienes ponen el acento en una marcada influencia del Derecho romano en las instituciones modernas del Derecho de Obligaciones.

Citemos, siguiendo con Julien Bonnecase[42], a Glasson y a Bélime.

Glasson, en su obra *Eléments du droit français consideré dans ses rapports avec le Droit naturel et l'économie politique*, 1884, tomo I, página 537, expresa que

> Las obligaciones constituyen una de las más importantes partes del Derecho Privado; se producen entre los hombres todos los días y a cada instante; la vida social depende de ellas. Nuestras necesidades son tan numerosas, y tan limitadas nuestras fuerzas, que sin cesar nos vemos obligados a recurrir unos a otros. Las convenciones que se forman entre los hombres pueden variar hasta el infinito, pero, en Derecho se reducen todas a determinado número de reglas precisas. También son de derecho natural estos principios fundamentales que rigen las relaciones de los hombres; se encuentran inscritos en la razón y en el corazón de todos los hombres. Para el Derecho romano será una gloria eterna haber sido el primero que consagró en un conjunto, estos principios inmutables que rigen las obligaciones. La familia romana, diversas partes de la propiedad romana, la sucesión romana, se basan en fundamentos artificiales; han desaparecido y en la actualidad solamente ofrecen al sabio un interés histórico. En cambio, el Derecho romano de las obligaciones continúa en pie; vive aún y ha pasado a nuestras leyes y a las de todas las naciones civilizadas.

Bélime, por su parte, en su obra *Philosophie du Droit ou cours d'introduction a l'étude du Droit*, 1848, tomo II, página 394, indica que

> Las obligaciones y, sobre todo, las obligaciones contractuales, constituyen la parte del Derecho al que se aplican, con más libertad, los principios de la razón pura. Por ello, mientras el estado de las personas se ha desarrollado gradualmente, mientras las leyes de la propiedad han variado según las ideas religiosas y políticas, llegando a ser objeto de teorías innovadoras, las reglas de los contratos han permanecido como columnas inquebrantables de la jurisprudencia a cuyo derredor se unen todos los principios, todos los intereses.

El propio Saleilles, también citado por Bonnecase[43], explica, refiriéndose al primer Proyecto del Código Civil alemán, que

> En toda obra legislativa, las obligaciones constituyen una parte que casi en su totalidad es teórica y abstracta; en efecto, se trata de precisar, principalmente por lo menos, las diferentes formas en que puede manifestarse la

42 *Ibidem*, pp. 27 y 28.

43 *Ibidem*, p. 28.

DERECHOS RESERVADOS

> voluntad en el dominio de las convenciones humanas, y estudiar los efectos que puede producir; por tanto, parece que para describirlas basta ser lógico y razonar justamente. Es esto lo que hace que sea una obra racional, y por consiguiente una obra científica más acentuada que cualquiera otra; pero esto se debe también a que de todas las instituciones del Derecho Privado, sea la única que tienda más a la uniformidad; casi en todas partes la voluntad humana produce los mismos efectos, y las mismas necesidades jurídicas suscitan análogas o idénticas convenciones. La materia de las obligaciones se separa más y más del formalismo primitivo, y de las cuestiones de influencia local, tendiendo a presentarse en las legislaciones modernas, como la expresión ideal de la lógica jurídica, en armonía con el principio superior del respeto absoluto de la libertad de las convenciones.

Y Saleilles, siempre citado por Bonnecase, agrega que

> La principal fuente de inspiración del proyecto fue, por lo menos en esta materia, el Derecho romano. No debemos asombrarnos por ello: en virtud de su carácter especulativo, la materia de las obligaciones constituye la obra maestra de la legislación romana; todas las legislaciones posteriores han obtenido de ella sus principios elementales sobre las obligaciones; el antiguo Derecho francés, sobre este punto, se basaba en las Pandectas: Pothier formuló el más claro resumen que pueda hacerse de esta materia, y de hecho, el Código Civil, en la parte relativa a las obligaciones, se basa en el *Tratado* de Pothier. Con mayor razón debió ser lo mismo en Alemania, donde el Derecho de las Pandectas continúa siendo, con el nombre de Derecho común, la legislación supletoria del país. Los grandes principios de la legislación romana se encuentran reproducidos en el proyecto, en lo que contiene de profundamente racional y de esencialmente jurídico.

Demogue, en expresiones extraídas de la misma obra de Bonnecase[44], afirma que el Derecho de Obligaciones tiene una «evolución lenta» y, además, se presenta con una tendencia a la uniformidad en los diversos países civilizados. Esta generalidad —agrega Demogue— se debe a la circunstancia de que considera situaciones en extremo diversas, de manera que se eleva, naturalmente, de los casos concretos hacia nociones sistemáticas, hacia los conceptos, y no surge, como creía Saleilles, de la voluntad, entonces en retroceso; en estas esferas elevadas, menos accesibles a determinar particularidades de tiempo o de lugar, el Derecho de las obligaciones solamente puede transformarse a la larga en virtud de los repetidos esfuerzos de las grandes corrientes sociales y dentro de los límites impuestos por la razón, es decir, pueden hacerse ciertas adaptaciones necesarias a los fines perseguidos por los hombres que viven en sociedad, independientemente de un colectivismo que hasta hoy ha sido utópico.

44 *Ibidem*, p. 30.

Mucho antes que Demogue, añade Bonnecase[45], «[...] un representante de la Escuela de la Exégesis que ha sido considerado como uno de los más fieles corifeos de esta Escuela, Laurent, había protestado contra la idea expuesta por los redactores del Código Civil de que el Derecho actual de las obligaciones debe ser considerado como el reflejo exacto del Derecho romano, siendo éste la perfección misma». Decía Laurent que

> por poco que se reflexione sobre la naturaleza del Derecho, fácil es convencerse de que nuestra legislación no es ya la de Justiniano. El Derecho es una fase de la vida, y la vida nunca se estaciona; si se detuviera un instante, cedería su lugar a la muerte. Si la vida es progresista, también lo es el Derecho. Por tanto, es imposible que el Derecho del siglo XIX sea aún el de las XII Tablas. La sociedad romana ha cambiado totalmente por el cristianismo y la invasión de las razas germanas; una nueva civilización se ha producido, en la que el comercio y la industria sustituyen al elemento guerrero que dominaba en Roma. Como consecuencia de estas inmensas revoluciones, han cambiado los sentimientos, las ideas y las necesidades de los hombres; y se pretende que el Derecho que los rija haya permanecido siendo el mismo. Los primeros principios que se enseñan a los futuros jurisconsultos son los del Derecho romano; el Digesto ocupa y ocupará siempre un lugar de honor en la Escuela. Si en la Barra y en la Sala de consejo cada día se consulta menos, débese esto a una razón muy sencilla; el Derecho es la expresión de la vida, y ésta se separa más y más del estado social de los romanos.

Afirma Bonnecase[46] que «[...] verdaderamente podría creerse que Laurent pertenece a la Escuela científica. Tanto más cuanto que posteriormente concede importancia a la tradición, reconocida por él en Domat y Pothier, quienes supieron, teniendo en consideración su época, inspirarse en el Derecho romano. Laurent declara que la verdadera tradición está representada por estos dos juristas, explicando las diferencias que los separan de los juristas romanos».

Pothier y Domat —dice Laurent— no son ya lógicos romanos, como Ulpiano y Paulo, sino ministros de equidad; bajo su pluma se transforma el Derecho romano, cediendo el derecho estricto su lugar equitativo. Laurent continúa expresando que los autores del Código innovaron lo establecido por Pothier. Desde esta óptica, afirma Bonnecase, vuelve entonces al principio exegético. El intérprete del Código está dominado por una ley positiva y por los principios que se derivan de ella. Ya no es un ministro de equidad, salvo cuando la ley es muda. Si la ley expresa, está encadenado al texto, y ninguna consideración de equidad puede escuchar. Bonnecase concluye afirmando que Laurent no llega a comprender en esto la esencia del Derecho de las Obligaciones, especialmente la teoría general de la obligación.

45 *Idem.*

46 *Ibidem*, p. 31.

Al margen de las interpretaciones que hemos citado, es evidente que el Derecho romano ha repercutido vivamente en el moderno Derecho de Obligaciones.

Las erróneas interpretaciones surgen de confundir el Derecho de Obligaciones con el contrato, que, como hemos expresado, es sólo su causa eficiente más rica. Para comprender claramente el tema, debe desvincularse, efectuando un mero ejercicio intelectual, la obligación, como concepto instrumental y abstracto, de una de sus fuentes, el contrato. Todo esto obedece a la técnica en el Derecho de Obligaciones, cuya manifestación, al menos en forma relativa, es inmutable. Con esto no desconocemos su carácter científico, pero la técnica, que pertenece a la Escuela de la Exégesis, es predominante.

Sin duda que el contrato ha evolucionado considerablemente desde la época de los romanos hasta nuestros días. Ello obedece a la interrelación entre los seres humanos, quienes generan permanentemente nuevas formas contractuales. Pero el contrato es solamente una fuente de las obligaciones. Con esto no queremos decir que el Derecho de Obligaciones, tal como fue concebido en Roma, haya permanecido inmutable hasta nuestros días. Es verdad que él se ha ido perfeccionando. Es cierto que se han generado, a través de los siglos, nuevas formas obligacionales. Es un hecho innegable que los canonistas de la Edad Media impregnaron al Derecho de Obligaciones de principios morales y éticos que hoy se encuentran, sin duda, en boga. Pero estos principios morales y éticos se manifiestan, más que en las obligaciones generadas por la autonomía de la voluntad, en aquellas otras surgidas de la ley.

Al revisar los textos romanos es fácilmente comprobable que ellos se inician con la clasificación clásica de las obligaciones en cuanto a su naturaleza —de *dare*, *facere* y *non facere*—, para desarrollar, a partir de allí, con mayor o menor perfección, las otras tres grandes categorías de las obligaciones en cuanto a sus modalidades, las que subsisten de modo universal: conjuntivas, alternativas y facultativas; divisibles e indivisibles; y mancomunadas y solidarias.

Otro tanto habría que decir de la forma de extinción de las obligaciones. Para no referirnos al pago, tratado con relativa pulcritud por *Las Instituciones* de Justiniano, abarquemos otros casos en que el Derecho romano prevalece.

¿Acaso los romanos no conocieron la novación y sus modalidades? En Roma nos enseñaron la novación objetiva y la novación subjetiva; esta última por cambio de acreedor y de deudor; y la propia novación subjetiva por cambio de deudor en sus dos formas de *delegatio* y *expromissio*.

¿Acaso Justiniano, en *Las Instituciones*, no se refirió a la compensación *ipso iure*? Y aquí debemos mencionar un grave error de interpretación asimilado por el Código francés, cuando decide la compensación automática, por el solo efecto de la ley, desde el momento en que coexisten ambas deudas. En este mismo error incurrieron todos los códigos del siglo pasado que se inspiraron en el Código Napoleón, sin que fuera ajeno a ello el Código Civil peruano de 1852 (artículo 2253).

Es el Código alemán de 1900 el que tiende una tabla de salvación para reparar tan gruesa alteración histórica, interpretando correctamente que la expresión *ipso iure*, empleada por Justiniano, no significaba la extinción de ambas obligaciones, por su sola coexistencia, sino que ellas se extinguían, de pleno derecho, cuando el acreedor y recíproco deudor oponía tal compensación.

¿Acaso los romanos no desarrollaron la teoría del dolo y de la culpa, clasificando a ésta, a su turno, en culpa grave o lata y culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*? Revisemos los códigos modernos no sólo para comprobar la existencia del dolo, sino de la culpa grave o inexcusable, denominada lata por los romanos. Revisemos el Código Napoleón para comprobar que la institución del *bonus pater familias* constituye «simplemente» una aplicación de la culpa leve *in abstracto*. Revisemos, en fin, el propio Código Civil peruano de 1936, antecedente inmediato del Código vigente de 1984, para comprobar que el inciso 1 del artículo 1609 imponía al depositario la obligación de cuidar de la cosa depositada como propia, en perfecta armonía con el principio romano de la culpa leve *in concreto*.

¿Acaso los romanos —para la eventualidad de inejecución de las obligaciones— no desarrollaron sólidas tesis sobre la mora y la cláusula penal?

El Derecho de Obligaciones no es, desde luego, un Derecho inmóvil. Las instituciones, insistimos, se han perfeccionado, adaptándose no sólo a las normas éticas y morales a las que nos hemos referido, sino a los nuevos criterios tecnológicos y sociales. Pero los cimientos del Derecho de Obligaciones son romanos. Y en algunos casos, con todas las características del Derecho romano.

La confusión en que suele incurrirse, lo reiteramos, obedece a asimilar la obligación al contrato, olvidando que éste es tan sólo una fuente de la obligación, la más rica, la más importante, pero no identificada con el concepto de obligación.

Como antes lo dijimos, es claro que el contrato se ha modificado, y sustancialmente, radicalmente, desde Roma hasta nuestros días. Hoy la técnica, las profundas relaciones entre los hombres, las propias necesidades de los seres humanos cada vez más exigentes, determinan el surgimiento permanente de nuevos contratos, muchos de ellos no legislados, innominados, no previstos por la ley civil o comercial. Ellos se rigen por las estipulaciones contractuales, fruto de la autonomía de la voluntad, y por las normas generales de contratación. Pero esto no significa, en modo alguno, que esas circunstancias hayan determinado modificaciones sustanciales en el Derecho de Obligaciones. Pecamos de recurrentes, al insistir en que las obligaciones emanadas de esos novísimos contratos son siempre de dar, de hacer o de no hacer; que su objeto, es decir, la prestación, se extingue por el pago, la novación, la compensación, etcétera. Y así podríamos continuar recorriendo todo el Derecho de Obligaciones, cuyo origen y sustento se encuentran en Roma.

Por eso, cuando nos referimos a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, a la legislación algunas veces asfixiante, no estamos hablando de la obligación, sino de las normas que obstaculizan la voluntad y, por lo tanto, de la falta de

capacidad para contratar libremente, sin restricción alguna, esto es, de las limitaciones para generar ciertas obligaciones cuya naturaleza jurídica en nada cambia.

Los canonistas y sus principios éticos impregnan fundamentalmente al contrato, y ocasionalmente a la obligación, que es sólo instrumental y en cierto modo filosófica. Poco han variado desde la época cumbre del Derecho romano los conceptos de obligaciones civiles o naturales, de deberes jurídicos o, inclusive, de razones de solidaridad social, éstas últimas no necesariamente ajenas al mundo del Derecho.

La ley, como fuente de las obligaciones, restringe la autonomía de la voluntad, pero esto en nada modifica su naturaleza jurídica. A lo más, limita sus alcances, sus proyecciones, la capacidad o no de asumir obligaciones, de acuerdo con las disposiciones circunstanciales del legislador.

No intentamos en modo alguno, desde luego, afirmar que la teoría de las obligaciones haya permanecido estacionaria o que el Derecho moderno sea copia literal de los textos romanos. Reconocemos que en algunas materias hubo transformaciones profundas. Pero esto no significa que desechemos los principios fundamentales del Derecho romano, que imprimen su sello característico, sin duda alguna, a las instituciones obligacionales vigentes en nuestros tiempos.

Por esas razones, y para aclarar definitivamente las diferencias entre el Derecho de Obligaciones y los contratos, deseamos referirnos, brevemente por cierto, a este último tema.

El principio fundamental de los redactores del Código Napoleón fue el de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad, o sea, el de la libertad de quienes contrataban para incorporar todos los pactos considerados convenientes o útiles, en la medida en que ellos fueran lícitos y no atentaran contra el orden público o las buenas costumbres. Los redactores del Código francés decidieron que el legislador no debía intervenir sobre la capacidad de decisión, autónoma, de las partes, y que en materia contractual sólo debía legislarse con normas supletorias. Estos eran los principios que prevalecían en aquella época y que influyeron en forma gravitante sobre todas las legislaciones del siglo XIX.

Pero los tiempos cambian.

Dicen Henri, Léon y Jean Mazeaud[47] que después de siglo y medio de aplicación, si todavía subsisten los principios establecidos por los redactores del Código Civil, han perdido su alcance. Por una parte, se han multiplicado las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los contratantes encuentran restricciones cada vez más numerosas a su libertad de crear obligaciones; se ha advertido que la autonomía de la voluntad, lejos de hacer que reinen el orden y la justicia en el

47 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, parte II, volumen I, pp. 36 y ss.

comercio jurídico, permitió el aplastamiento del más débil por el más fuerte; y que de ello resultaban graves desórdenes que infligían ataques al grupo por entero. Se ha llegado, afirman, hasta hacer que ceda el principio del respeto de los compromisos libremente consentidos, para liberar al deudor de obligaciones que, según se estimaba, se habían tornado por demás gravosas.

Agregan los Mazeaud que el liberalismo del siglo XIX, que se apoyaba sobre los códigos napoleónicos, condujo al aplastamiento de los más débiles por los más fuertes. La clase obrera, sin organización todavía, fue reducida a miserables condiciones de vida que le eran impuestas por el patrón, sometido a su vez al régimen de la libre competencia. La intervención del Estado, añaden, apareció como necesaria para reaccionar contra los excesos del liberalismo. Los intereses del grupo, el bien común, no deben ser sacrificados a los intereses egoístas del individuo. La libertad contractual, dicen los Mazeaud, apareció con frecuencia como un simple engaño, por no tener en realidad, y en ciertas situaciones, libertad alguna el contratante. El obrero, el pasajero transportado, el asegurado, están obligados, por la fuerza de las cosas, a contratar sin poder discutir las condiciones que se les imponen. Los redactores del Código Civil sólo habían considerado el contrato nacido de una libre discusión, concluido de mutuo acuerdo por dos contratantes situados en plano de igualdad. La ruptura del equilibrio que se produjo en los contratos de adhesión —aquellos a que se adhiere una parte sin poder discutir— forzó al Estado a intervenir para fijar las tarifas y las condiciones del transporte, las reglas esenciales de los contratos de seguros, las de los contratos de arrendamiento rústico o urbano. En realidad, puesto que el contrato de adhesión no es un acuerdo libremente consentido, pues sus cláusulas son impuestas a una de las partes, ya que en esta discusión es casi total la quiebra de la libertad, resulta normal que algunas reglas imperativas, trazadas por el legislador, restablezcan el equilibrio y la libertad rotos, que el contrato sea «dirigido» por el legislador.

Los contratos impuestos, añaden, constituyen un ataque más directo todavía contra la libertad contractual. El siglo XIX dejó el recuerdo de los conflictos sociales más graves que el mundo ha conocido. Para evitarlos, no basta tan sólo con que el contrato de trabajo sea dirigido; es preciso que todos sus requisitos sean impuestos: salario, duración del trabajo, higiene, etcétera. Todo contrato de trabajo no es más que la reproducción de las cláusulas de las convenciones colectivas, discutidas por las organizaciones sindicales bajo el «control» del ministerio del Trabajo. Se abandona el terreno del contrato para penetrar en el del estatuto, en el cual todos los requisitos se fijan por una reglamentación legal o cuasilegal. Las reglas supletorias ceden su puesto a las reglas imperativas. El legislador no sólo interviene en la conclusión del contrato, cuyos requisitos fija imperativamente, sino también en su cumplimiento: libera a las partes de compromisos que han suscrito válidamente o atenúa sus obligaciones. Y añaden que esta intervención es mucho más grave que la precedente, pues está en contradicción con el principio esencial del respeto de la palabra dada, afirmado por los canonistas: *pacta sunt servanda.*

Dicen los Mazeaud que las intervenciones del legislador se justifican por las necesidades del orden público y del interés social. Pero, agregan, la apreciación de ese interés es delicada; hay que temer que aquí prevalezca una concepción política sobre la concepción jurídica. Las asambleas elegidas tienen la tendencia a proteger los intereses del mayor número, y no de los más débiles, con desprecio de otros intereses legítimos y respetables, pero menos eficaces electoralmente.

Por eso, los Mazeaud afirman que los ataques asestados a la autonomía de la voluntad en nombre del interés social están dominados a veces por objetivos políticos. No obstante, esos atentados están refrendados, en nuestro régimen democrático, por las reglas protectoras de la libertad, de modo especial por las de la Constitución.

En los sistemas totalitarios, concluyen, al contrario, la misma organización política se dirige a la supresión de la libertad del individuo. El Derecho Privado adquiere entonces, bajo tales regímenes, un aspecto particular muy diferente al de los derechos de tendencia individualista que los juristas soviéticos agrupaban bajo el nombre de *derechos burgueses*.

Por su parte, Jacques Dupichot[48] expresa que, ante todo, las «ideas sociales» de protección a los económicamente débiles se traducen principalmente en una tendencia al dirigismo contractual (leyes imperativas llamadas de orden público económico: régimen imperativo, cláusulas protectoras del asegurado en el contrato de seguro, renovación obligatoria del contrato de arrendamiento comercial, etcétera) y en un debilitamiento del rigor en la ejecución respecto a deudores que arbitrariamente se les ha considerado «caídos en desgracia» (moratorias, términos de gracia, declinación de facto de la represión en la quiebra). Por otra parte, Dupichot se pregunta sobre el carácter verdaderamente social de tal orientación que —en sus palabras— halaga a la plebe contemporánea (ciertamente no se le embargará su lecho... pero ¿acaso esto se ha llevado a cabo en el pasado?), pero que en realidad beneficia al rico, único gran deudor en potencia (sólo se presta al rico). ¿Las «grandes quiebras» no dejan acaso gran cantidad de «pequeños acreedores», comenzando por los asalariados de la empresa y pequeños comerciantes e intermediarios, cuyos créditos rara vez son cubiertos en el proceso de quiebra?

Aquí, luego de estas dos citas, nos corresponde realizar una breve síntesis del desarrollo del contrato en el último siglo, donde evidentemente se pasó por una etapa muy extensa de restricción de la autonomía de la voluntad. Deseamos aclarar, en esta parte del trabajo, que nos referimos a situaciones de hecho que usualmente acontecen y que en multitud de ocasiones restringir la autonomía de la voluntad es totalmente injustificado. Más aún, en los tiempos modernos en que vivimos se ha atenuado notablemente esta tendencia. El socialismo, el colectivismo,

48 Dupichot, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Temis, 1984, p. 8.

no fomentan el bien común. Es verdad que es necesario un concepto de solidaridad entre los seres humanos, pero esta solidaridad no se consigue —en lo absoluto— con nociones asfixiantes para el mundo contractual.

Empecemos con el artículo 1134 del Código Napoleón, influido por la Escuela Liberal, donde se establece que el contrato tiene fuerza («lieu» o, textualmente, «lugar») de ley entre las partes.

Se observa, como consecuencia de este precepto, que tanto en el Código francés, como en los Códigos que surgieron bajo su directa influencia durante el siglo pasado, incluyendo al Código Civil peruano de 1852 (artículo 1256), el legislador se limitaba a establecer reglas supletorias destinadas a facilitar el comercio jurídico, las mismas que reposaban sobre la libertad presunta de los contratantes. Se trataba de códigos individualistas, respetuosos al máximo de la libertad de la persona, que afirmaron con todo énfasis el principio de la autonomía de la voluntad.

Pero estos principios absolutos, como antes se ha expresado, tuvieron serios embates doctrinarios y legislativos.

Las primeras severas restricciones surgen con el Código Civil alemán de 1900, que con la influencia de las escuelas sociales y socialistas reduce el dominio de actividad de los intereses individuales en provecho de los intereses colectivos.

Por otra parte, a principios del siglo XX empiezan a tener auge los contratos de adhesión y de trabajo. En los primeros se quiebra el equilibrio contractual, basado en la autonomía de la voluntad, por la intervención del Estado para fijar sus condiciones. En los contratos de trabajo también se siente la influencia del poder público. Numerosos pactos del contrato de trabajo tan sólo constituyen la reproducción de cláusulas discutidas y acordadas en virtud de convenios colectivos. Se empieza a abandonar así el terreno del contrato para penetrar en el estatuto, en el que todos los requisitos se fijan por una reglamentación legal. Retribuciones mínimas, jornadas de trabajo máximas, regímenes indemnizatorios, etcétera, constituyen reglas imperativas y no supletorias.

Estas nuevas corrientes originan que numerosos tratadistas franceses se refieran al legislador dirigista, al legislador que impone condiciones. André Toulemon[49] critica acremente la intervención del legislador, aduciendo que cuando la libertad contractual se marcha, la libertad, simplemente, se levanta para seguirla. El llamado *legislador dirigista* —dice— que inicialmente circunscribe su actividad a los contratos de adhesión y de trabajo, empieza poco a poco a invadir los campos de la contratación civil y mercantil. Su intervención empieza a ser ilimitada y su influencia permanente.

49 Toulemon, André. *El menosprecio de los contratos y la crisis*. Traducción de José María Cantillo. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1945, pp. 13 y ss.

Pero la crítica no sólo alcanza al denominado *legislador dirigista*. Dos conflictos mundiales originan, en el siglo XX, graves alteraciones sociales, políticas y económicas que naturalmente repercuten en los contratos cuya ejecución se desplaza en el tiempo. Se producen severos desquiciamientos contractuales e institucionales, los que, afirma Toulemon, convierten al «legislador dirigista» en «legislador de emergencia». La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El «legislador de emergencia» empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas. *Leyes de circunstancias* las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al «legislador de emergencia» a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas «leyes de circunstancias» empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestros tiempos.

El «legislador de emergencia» no puede, sin embargo, prever todas las circunstancias suscitadas. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos.

El Poder Judicial carece frecuentemente de normas expresas, de «leyes de circunstancias», que le permitan revisar todos los contratos vigentes de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas en los que se hayan producido severos desequilibrios económicos.

Se apela entonces a la teoría de la imprevisión, a esos principios olvidados por los codificadores del siglo XIX, que actuaron influenciados por la fórmula concluyente del artículo 1134 del Código Napoleón. La imprevisión es la tesis que lo faculta a intervenir en el contrato en curso cuando «las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado».

Es el principio *rebus sic statibus*, considerado por los canonistas de la Edad Media y los postglosadores como implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, al permitir la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración.

Sobre esta materia, la primera resolución importante de la Corte de Casación francesa es dictada en el año 1876 en el caso Capronne. Esta resolución inspiró permanentemente a la Corte de Casación francesa y constituyó el pensamiento definitivo de este tribunal.

Capronne, un famoso ingeniero, recibió el encargo de construir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato surge una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. Capronne recibiría, en cada cuota, moneda desvalorizada. Ello determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas pactadas.

La Corte de Aix declaró fundada la demanda de Capronne, considerando que en los contractos de tracto sucesivo se admitía su modificación cuando ya no existía una correlación equitativa entre las prestaciones. La Corte de Aix llegó aún más lejos. Sostuvo que el artículo 1134 del Código francés, donde se dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo.

Este fallo fue modificado por la Corte de Casación francesa, que declaró que los tribunales no estaban facultados, ni aun en los contratos de tracto sucesivo, para modificar los pactos entre las partes.

El precedente del caso Capronne determinó que, al estallar la Primera Guerra Mundial, la cual transtornó las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieran a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que ella no había sido consagrada, ni implícita ni explícitamente, por el texto legal.

En Francia fue preciso que después de apasionados debates se promulgara la ley Faillot el 21 de enero de 1919, que permitía a un comerciante sustraerse a las consecuencias de sus compromisos cuando no había podido prever lo onerosos que se tornarían por obra de la guerra, para que los tribunales revisaran los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica. Fue, pues, necesaria la dación de una «ley de emergencia».

Caso contrario ocurrió con los tribunales alemanes e italianos, en especial con los primeros, que elaboraron una copiosa jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión.

Los tribunales alemanes, usando un Código más flexible y moderno que la ley francesa, y sin el texto riguroso del artículo 1134 del Código Napoleón, consideraron que el legislador había sancionado implícitamente, en distintas normas legales, la teoría de la imprevisión.

El Poder Judicial italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador de 1942 a consagrar con una expresión afortunada —«excesiva onerosidad de la prestación»— la fórmula legislativa de la teoría de la imprevisión.

Este texto legal significa, en buena cuenta, la corrección de un importante desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente

onerosa supone, correlativamente, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la revisión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala. Es este principio italiano el que, con la misma denominación, ha sido incorporado en el Código Civil peruano de 1984. Permite a los jueces, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En suma, la plena autonomía de la voluntad, de inspiración francesa, acogida legislativamente por el artículo 1134 del Código Napoleón, tiende a restringirse. Ello obedece a la inspiración del Código alemán, al auge de los contratos por adhesión y de trabajo, a la intervención del Estado en los contratos en curso y al desarrollo de la teoría de la imprevisión, que se plasma en los nuevos códigos con el instituto de la «excesiva onerosidad de la prestación».

Al margen de los desarrollos conceptuales que anteceden, este *Tratado* comprende, en su parte inicial, la teoría general de las obligaciones, para continuar luego con la evolución de los preceptos jurídicos sobre el Derecho de Obligaciones en el Perú, desde las normas del primer Código Civil, pasando subsiguientemente por todos los códigos, proyectos y anteproyectos nacionales, vale decir, por todos los cuerpos legales o sus proyectos desde que el Perú es República.

En estos antecedentes legislativos nacionales, el lector apreciará citas de los siguientes cuerpos normativos: Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984; Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981; Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi del año 1980; Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; Código Civil de 1936; Proyecto de Código Civil de la Comisión Revisora de 1936; Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; Proyecto de Código Civil de 1890; Código Civil de 1852; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; y Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. Debemos señalar que las menciones de los antecedentes de los cuatro primeros cuerpos normativos las hemos tomado de la obra «Código Civil», compilada por Delia Revoredo Marsano de Mur[50].

Abordamos, adicionalmente, todos los temas correspondientes al Libro VI del Código Civil de 1984, efectuando su análisis exegético, norma por norma, a la luz de la doctrina nacional y extranjera más autorizada, con permanente mención de las corrientes legislativas peruanas y extranjeras en las que se sustentan los artículos del Código Civil peruano de 1984.

50 Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, parte I, tomo II, pp. 5-216.

En lo que respecta a la doctrina nacional, hemos tratado de acceder a las más importantes publicaciones que sobre el Derecho de Obligaciones se han realizado en nuestro país, con anterioridad y posterioridad a la vigencia del Código Civil de 1984.

En tal sentido, hemos consultado, además de artículos de diversas revistas nacionales, fundamentalmente las obras que sobre el Derecho de Obligaciones escribieron los maestros José León Barandiarán, Ángel Gustavo Cornejo, Rosendo Badani Chávez, Jorge Eugenio Castañeda y Manuel Augusto Olaechea, este último, ponente del Libro V de Derecho de Obligaciones y Contratos en el Código Civil de 1936.

En lo relativo a la doctrina extranjera consultada, hemos recurrido tanto a los autores clásicos de Derecho Civil, es decir, a aquellos de la Escuela francesa, como a renombrados juristas de Alemania, España, Italia, Argentina y otros países que se encuentran a la vanguardia del Derecho en nuestra tradición jurídica. Sobre este punto debemos precisar que muchas de las citas corresponden a autores de la mencionada Escuela francesa, cuyas obras nunca fueron traducidas al español. Por tales motivos, la traducción efectuada para la elaboración de este *Tratado* es libre.

Respecto a la legislación extranjera, hemos tomado como fuente de consulta directa, fundamentalmente, a los siguientes códigos civiles, proyectos y anteproyectos: Código Civil francés; Código Civil belga; Código Civil boliviano de 1831; Proyecto de Código Civil de Andrés Bello; Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853; Código Civil chileno; Código Civil de El Salvador de 1860; Código Civil italiano de 1865; Código Civil de la provincia de Québec; Código Civil uruguayo; Código Civil argentino; Código Civil colombiano; Código Civil venezolano de 1880; Código Civil ecuatoriano; Código Civil costarricence de 1888; Código Civil español; Proyecto Boissonade de 1890; Código Civil japonés; Código Civil alemán; Código Civil nicaragüense de 1903; Código Civil hondureño de 1906; Código de las Obligaciones de Suiza; Código Civil brasileño de 1916; Código Civil panameño; Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922; Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927; Código Civil mexicano de 1927; Anteproyecto Bibiloni de 1929; Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930; Código Civil chino de 1930; Código de las Obligaciones de Polonia de 1935; Proyecto de Reforma del Código Civil argentino de 1936; Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937; Código Civil venezolano de 1942; Código Civil italiano de 1942; Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943; Código Civil portugués de 1967; Código Civil guatemalteco de 1973; Código Civil boliviano de 1976; Anteproyectos de Código Civil brasileño de 1975 y 1984; Código Civil paraguayo de 1987; Proyecto de Código Civil colombiano; Proyectos de Reforma al Código Civil argentino de 1987 y 1993; Código Civil cubano de 1988 y Código Civil brasileño de 2003.

En suma, el *Tratado*, además de los conceptos propios de los autores sobre la teoría de las obligaciones y sobre cada precepto que corresponde a esta materia en el Código de 1984, contiene los antecedentes legislativos peruanos, artículo por artículo; relevantes opiniones de juristas peruanos y extranjeros; legislación comparada; y jurisprudencia.

Advertimos al lector que hemos procurado respetar la grafía original en los nombres extranjeros de los autores y personajes citados.

Esta «Nota preliminar» ha tenido el propósito de exponer, con rasgos muy generales, la génesis del Código Civil peruano de 1984; el trato legislativo al Derecho de Obligaciones; su generalidad, importancia y evolución; el desarrollo del contrato como singular fuente eficiente de las obligaciones; y los alcances de este *Tratado*, cuyo propósito es divulgar materia tan compleja como la consignada en el Libro VI de dicho Código.

2. Definición de obligación y conceptos generales

La palabra obligación tiene muy variadas concepciones, con diversos elementos, incluyendo el criterio del profesor argentino Héctor Negri, quien considera imposible definirla.

Una definición clásica de obligación puede encontrarse en *Las Instituciones* de Justiniano, en donde existen elementos esenciales como son el vínculo jurídico y la exigibilidad, que es el constreñimiento por el cual el acreedor puede compeler a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido.

La obligación también es sinónimo de deber, y este deber comprende tanto a las obligaciones imperfectas como a las perfectas. Se llaman obligaciones imperfectas a aquéllas respecto de las cuales no somos responsables sino ante Dios, por su carácter eminentemente moral. En cambio, las obligaciones perfectas son aquéllas que otorgan el derecho para exigir su cumplimiento[51].

Para el Derecho de Obligaciones lo importante son las llamadas obligaciones civiles, es decir, aquéllas que generan un vínculo requerido para su cumplimiento o ejecución, vínculo que debe existir entre personas determinadas o determinables. Por tanto, una obligación civil no es cualquier tipo de deber, ya que este deber corresponde a un vínculo o relación jurídica.

Siguiendo con nuestro análisis, vemos que la obligación que contrae el deudor, que es la «deuda», constituye el derecho de crédito que tiene el acreedor para exigir una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse queda pagada.

51 Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. 3.ª edición. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f., primera parte, pp. 1 y ss.

Recordamos que la posibilidad coercitiva para cumplir la obligación radica en la autoridad pública, que es la que decide que el acreedor logre su objetivo. A este mecanismo se le conoce como *sanción de las obligaciones*.

La definición etimológica de la palabra obligación genera la idea de sujeción o ligamen. Giorgio Giorgi[52] está de acuerdo con esa definición, ya que ella liga o ata al deudor, exigiéndole realizar una actividad a favor de su acreedor. En realidad, en todos los análisis de las leyes, trabajos de jurisconsultos romanos u obras de escritores modernos, encontramos que la obligación es considerada como un vínculo jurídico.

Por ello, según Giorgi, la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan ligadas con otra u otras (acreedor o acreedores) para dar, hacer o no hacer algo.

Algunos tratadistas han llegado a sintetizar el concepto de obligación a la relación entre dos patrimonios, desapareciendo al acreedor y al deudor. Esto para Planiol y Ripert[53] resulta una verdadera exageración. Nosotros compartimos el criterio de los ilustres juristas franceses, porque son los seres humanos quienes adquieren las obligaciones jurídicas. Lógicamente las personas responderán con su patrimonio, pero esto es un efecto y no una causa. Resultaría absurdo despersonalizar el Derecho, ya que éste se encuentra integrado principalmente por relaciones humanas y ocasionalmente por personas jurídicas, pero compuestas por seres humanos.

De Ruggiero[54] trata de encontrar una definición amplia de la palabra obligación y se refiere a ella como el vínculo o sujeción de la persona, no importando el origen de la obligación. Así, pueden incluirse dentro de ese concepto a las obligaciones llamadas morales y a aquéllas establecidas por las normas jurídicas. Pero en realidad, desde una óptica jurídica, el autor se concentra en estas últimas señalando como indispensable, además, que nazcan de relaciones personales y que tengan contenido patrimonial.

En sentido técnico, De Ruggiero define a la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudora debe una determinada prestación a otra denominada acreedora, quien tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. Agrega De Ruggiero que es frecuente que se

52 Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etcétera. Traducida de la sétima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, volumen I, pp. 11 y ss.

53 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, p. 8.

54 De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, tomo II, pp. 5 y ss.

utilice la palabra obligación para indicar sólo uno de los aspectos de la obligación: el aspecto pasivo de la relación, es decir, el deber del deudor, el débito; o el aspecto activo, que es el derecho o la pretensión del acreedor, o sea, el crédito. Añade que pocas veces se utiliza la palabra *obligación* para expresar la causa generadora de la relación obligacional.

Lo expuesto por De Ruggiero se traduce, en opinión nuestra, en que la obligación constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada *acreedora*, tiene el derecho de exigir a otra persona, denominada *deudora*, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas.

Podemos afirmar que en lo relativo al acreedor, es decir, a quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación positiva o la abstención del sujeto pasivo (en este caso, el cumplimiento de una prestación negativa), tal ángulo obligacional se califica como un derecho de crédito. Y cuando el tema se analiza a la inversa, es decir, con relación al deudor, o sea, a la persona que tiene que cumplir con una prestación positiva o que debe abstenerse de hacer algo, nos estamos refiriendo a la deuda *stricto sensu*.

Eduardo B. Busso[55] expresa que la «obligación» puede definirse como el vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca; también sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación e inadecuadamente se utiliza el término para referirse al contrato. Obligación y contrato, según Busso, son conceptos vinculados pero totalmente diferentes. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación misma.

Busso también se adhiere a la definición de Enneccerus, para quien el crédito es el derecho que compete a una persona (el acreedor) contra otra persona determinada (el deudor), para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero. El citado profesor argentino complementa esta noción señalando la forma como el acreedor podrá obtener la satisfacción de ese interés: sea mediante el cumplimiento, voluntario o coactivo, de un acto o de una omisión del deudor, sea mediante la acción que la ley autoriza ejercer sobre el patrimonio del deudor.

Estamos de acuerdo con Busso cuando enseña que la obligación, con respecto al deudor, es un deber jurídico calificado. Por el género inmediato al que pertenece, la obligación puede ser definida como un deber. La idea de deber designa la situación de un sujeto que tiene que ajustar su conducta a los mandatos contenidos en una norma general o en una de orden particular; toda obligación importa un deber, si bien no todo deber constituye una obligación.

55 Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomo III, pp. 9 y ss.

Los autores distinguen los deberes jurídicos de los morales, no existiendo acuerdo para fijar el criterio de tal distinción. Pero cualquiera que sea la regla que se adopte,.es evidente que la obligación civil es un deber jurídico y no simplemente moral, pues las obligaciones están sancionadas por la ley del Estado, son medios para asegurar la estabilidad de los derechos, guardan relación con la conducta de los individuos y su incumplimiento da lugar a sanciones de orden jurídico.

Para Busso existen deberes que no son obligaciones. Agrega que en las obligaciones civiles interesa más el resultado que la conducta misma del deudor, y por eso es admisible que la deuda la pague un tercero y que en esa forma se extinga el vínculo, a diferencia de los deberes de familia en los que el interés radica en la conducta de la persona.

Como última diferencia, Busso se refiere a las consecuencias jurídicas que pueda originar la transgresión del deber de familia. Aquí vemos que una posible indemnización, en principio y salvo casos excepcionales, quedaría descartada.

Demogue tiene un punto de vista discrepante del de Busso, afirmando que para calificar un deber ha de tenerse en cuenta no sólo el contenido de la actividad debida, sino las sanciones que el incumplimiento pueda determinar. Busso refuta esta tesis diciendo que un mismo hecho puede servir de presupuesto para la producción de diversos efectos jurídicos, sin que por eso deban confundirse entre sí las normas que sancionan cada uno de esos efectos. Toda norma debe calificarse por su propio sentido, y ésta, a su vez, califica la actitud humana regulada por sus posiciones.

Coincidimos con Busso cuando afirma que para que una conducta entrañe una obligación, es menester que el ordenamiento jurídico la establezca como un acto necesario y bajo pena de responsabilidad.

En su misma línea de pensamiento, Busso afirma que aquellas normas que imponen reglas generales de conducta sin contener prestaciones concretas y determinadas no generan obligaciones.

Continuando con el desarrollo del profesor citado, señalamos que denomina deudora a la persona obligada a una determinada manera de actuar, y acreedora a la persona a cuyo favor la primera se ha obligado.

Desde ese punto de vista, parecería más apropiado designar a esta situación jurídica como «relación obligatoria», ya que en esta expresión se abarcan ambas calidades: la subordinación del deudor y la favorable situación en que se encuentra el acreedor.

En la doctrina encontramos muchas definiciones de obligación. Sin embargo, todas coinciden en considerarla como un vínculo o relación jurídica entre un acreedor y un deudor para el cumplimiento de una prestación por este último.

ESTUDIO MARIO CAMILO FERRARI

Siguiendo con las definiciones de obligación, Raimundo Emiliani Román[56], citando a Colin y Capitant, expresa que la obligación es una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación positiva o negativa, es decir, a un hecho o a una abstención.

Emiliani Román agrega que Colin y Capitant, en su *Tratado de Derecho Civil*, identifican el concepto de obligación como vínculo con el derecho personal y limitan el de obligación a deuda.

Posición contraria adoptan Vouim y Robinot —citados por Emiliani Román—, quienes opinan que la obligación no es una deuda sino el derecho de crédito.

Comenta Emiliani Román que los Mazeaud ponen de relieve el carácter pecuniario de la obligación y la definen como «[...] un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos personas, la una, el deudor, estando sujeto a una prestación en provecho de la otra, el acreedor».

Según el citado profesor colombiano, encontramos diversas fisonomías en las definiciones analizadas. Para algunos autores es el crédito, para otros es la deuda y para la mayoría es una relación jurídica que abarca ambos conceptos; mientras que para algunos es el propio derecho personal, para otros es pecuniario.

En opinión de Emiliani Román, el término obligación no es exclusivo del Derecho, sino que se aplica a todas las actividades de valor del hombre para designar las necesidades de una determinada conducta humana con el objeto de lograr un determinado fin de la naturaleza de la actividad de que se trata. Así, podemos hablar de obligaciones sociales, religiosas, políticas, morales, jurídicas, económicas, etcétera.

Explica que cada una de estas actividades tiene sus propias normas, desarrollos y finalidades que comprometen la conducta humana, esto es, que imponen obligaciones. Por tanto, el término obligación no es específico del Derecho, ya que se aplica a todas las actividades de valor del hombre, lo que determina su equivocidad, porque el contenido de cada una varía bajo la identidad formal que consiste en tener que observar una determinada conducta para lograr determinados fines, tal como el deudor tiene que hacerlo para satisfacer al acreedor.

Por esta razón, también se llama obligación al deber jurídico, o sea, a la relación jurídica que asume forma imperativa. Pero los deberes jurídicos no son obligaciones civiles, porque el deber es el imperativo general de hacer o no hacer algo, y la obligación es el crédito de una deuda.

En resumen, la palabra obligación es utilizada en todas las actividades de valor del hombre para señalar que éste tiene que observar una determinada conducta para la consecución de un determinado fin. Siempre que la conducta humana

56 Emiliani Román, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1980, pp. 3 y ss.

esté así dirigida hacia un fin, se dice que dicha persona está obligada y que tiene esa obligación.

Siguiendo este orden de ideas, todas las obligaciones son iguales, ya que tendrían una forma igual. Tanto las obligaciones religiosas, morales, sociales, económicas o jurídicas significan esa relación de conducta de medio a fin. Pero se diferencian unas de otras en el contenido, identificándose cada una consigo misma y distinguiéndose de las demás.

Es por ello que las relaciones y deberes jurídicos, que son obligaciones en el sentido universal pragmático, no pueden confundirse con la obligación civil, ya que ésta posee un contenido específico que la diferencia de otras nociones, que es la vinculación jurídica entre acreedor y deudor, que constriñe a éste a una determinada prestación, facultando al acreedor a exigirla coactivamente en caso de incumplimiento.

Continuando con las definiciones, encontramos que Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[57] entienden la obligación como una situación bipolar que se encuentra conformada por el deudor y por el acreedor. El acreedor es el titular de un derecho subjetivo (derecho al crédito) que le faculta para exigir al deudor lo que por éste es debido (prestación). Asimismo, en caso de incumplimiento el acreedor está investido de una serie de facultades para defender sus intereses. El deudor es el sujeto de un deber jurídico que le impone la observancia de un comportamiento debido y, en caso contrario, deberá soportar las consecuencias de su falta.

Otros autores, como Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[58], señalan que en *Las Instituciones* de Justiniano para definir la palabra obligación se utilizó la expresión «según el Derecho Civil», extremo que actualmente carece de vigencia, pudiendo la definición quedar de esta manera: «La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro». Ellos opinan que en esta definición debe destacarse el vínculo jurídico, es decir, la relación jurídica que une al deudor con el acreedor.

Los mencionados profesores afirman que la palabra obligación ha sido objeto de usos impropios, no sólo en el lenguaje vulgar sino también en el foro, en algunas obras de Derecho y hasta en los códigos.

Señala Raúl Sapena Pastor[59], por su parte, que es posible prescindir de las definiciones y sólo admitir aquéllas que sean preceptos legislativos, es decir, normas de conducta por respetar. Agrega Sapena Pastor que Vélez Sarsfield —el codificador argentino—, tan pródigo en definiciones, al enfrentarse con las obligaciones

57 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1985, vol. II, p. 175.

58 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Librería Editora Platense, 1986, tomo I, pp. 5 y ss.

59 Sapena Pastor, Raúl. *Fuentes próximas del Código Civil*. Asunción: El Foro, 1986, pp. 13 y ss.

se abstuvo de definirlas. Expresa que las definiciones son impropias de un código de leyes y también que en un trabajo legislativo sólo pueden admitirse las definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, la inmediata aplicación de sus vocablos o su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición es de dominio del gramático, del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es atribución del profesor cuando es técnica.

Para Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana[60], la obligación es una relación jurídica, es decir, una relación humana regulada por el Derecho. Ellos consideran que resulta preferible esta definición a la de «vínculo», por su mayor precisión técnica y porque la relación jurídica obligacional es una de las múltiples relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana.

Es, adicionalmente, un deber específico y calificado en virtud del cual el cumplimiento de la obligación no es un acto libre de concesión o de gracia por parte del deudor. El deudor tiene una deuda y el acreedor un crédito, pero es posible que en ciertas circunstancias existan créditos y deudas recíprocos.

Surge, además, la prestación, que corresponde al comportamiento y actitud debidos. Indican que la prestación puede tener diversas manifestaciones, como la de entregar o dar, la de hacer y la de no hacer algo.

Llambías[61] señala que en un sentido técnico la palabra «obligación» se utiliza para designar sólo aquellos deberes, impuestos por el Derecho, susceptibles de estimación pecuniaria que consisten en dar, hacer y no hacer.

Añade Llambías que la obligación implica la relación jurídica en la cual alguien, denominado *deudor*, debe satisfacer una prestación a favor de otro, llamado *acreedor*.

Por su parte, Ernesto Clemente Wayar[62] expresa que la obligación sirve para designar toda conexión, correspondencia o comunicación entre los seres vivientes. Cuando los hombres se relacionan entre sí, cada vínculo establecido entre ellos constituye una relación social. Esta relación social es el supuesto de hecho de la norma y como resultado de la regulación de que es objeto se convierte en relación jurídica.

Según Wayar, la relación jurídica queda configurada cuando el Derecho objetivo capta una relación entre personas, establecida para la consecución de fines considerados dignos de tutela, y le atribuye a una (o varias) de ellas un poder y

60 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1988, tomo I, pp. 8 y ss.

61 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Perrot, 1983, tomo I, pp. 7 y ss.

62 Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990, tomo I, pp. 1 y ss.

le impone a otra (u otras) el deber correlativo. Poder y deber son emanaciones del orden jurídico.

Afirma Wayar que toda relación jurídica contiene el binomio poder-deber. En la relación de obligación el poder sólo puede ser ejercido frente a determinada persona, que está obligada a satisfacer el interés de aquél que goza del poder. Para lograrlo es necesaria la cooperación del sujeto pasivo; es el deudor quien mediante su conducta logrará satisfacer el interés de quien ostenta el poder.

Wayar describe a la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona —deudor— tiene el deber de cumplir con una prestación de valor patrimonial a favor de otra —acreedor—, quien a su vez tiene un interés tutelable, aunque no sea patrimonial, con el fin de obtener la prestación o, mediante ejecución forzada, el específico bien que le es debido.

Continúa diciendo Wayar que la obligación es una relación jurídica porque para que ella exista es necesario que una persona haya entrado en contacto con otra, ya por actos lícitos, ya por actos ilícitos, ya por simples hechos; ese contacto constituye una relación social que al ser reconocida y regulada por el Derecho se transforma en una típica relación jurídica.

Con referencia a la prestación, Wayar expresa que ella debe tener valor patrimonial. Fundamenta su posición con el siguiente argumento: si la prestación no tuviera ese valor, el deudor que dejara de cumplir no tendría la obligación de indemnizar, pues esta obligación no es otra cosa que la reparación pecuniaria por falta de cumplimiento de una prestación con valor pecuniario.

Wayar establece la diferencia entre el «objeto» y la «prestación», indicando que el objeto es el específico bien al que tiene derecho el acreedor y la prestación el medio por el cual se proporciona ese objeto.

Agrega Wayar que en caso de que el deudor no cumpliera con su deber de prestación, y a pesar de esta situación el acreedor conservara su interés en el específico bien que le es debido, éste puede recurrir a la ejecución forzada con el fin de recuperarlo. De esta afirmación extrae dos conclusiones. En relación con la ejecución forzada —que es un aspecto de la responsabilidad del deudor—, ésta se dirige hacia la obtención del bien debido. Acerca de la indemnización del daño que puede sufrir el acreedor —que constituye otro aspecto de la responsabilidad del deudor—, no es un efecto de la obligación, sino una consecuencia del incumplimiento. En este caso no se busca el objeto específico, lo que se busca es la indemnización sustitutoria. Señala Wayar que este segundo aspecto de la responsabilidad del deudor, que es el deber de indemnizar, constituye una nueva obligación.

Concluimos las citas de los profesores consultados con Héctor Negri[63], quien mantiene una posición original. Argumenta Negri que la obligación es indefinible

63 Negri, Héctor. *La obligación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, pp. 17 y ss.

EDUARDO COSTA PEYRÚ

porque se trata de un tipo de género supremo que no puede ser encuadrado dentro de un género más vasto para derivar por diferencia específica sus características conceptuales, y es un ente simple que no puede tampoco, por su unicidad última, desplegarse, desarrollarse en una definición conceptual.

Añade Negri que la indefinibilidad no es un argumento contra la existencia de la obligación en sí misma, ni significa que deba aparecer confundida con otros objetos con los cuales convive en una esfera de existencia. Indica que no es posible aludir a ella sino a través de equivalencias verbales.

En nuestra opinión, en el lenguaje común, «obligación» es el vínculo que nos impone el cumplimiento de un deber. En consecuencia, el término «obligación» equivale al de «deber»[64]. Esta aproximación genérica debemos utilizarla como guía para llegar a la definición que nos interesa, esto es, al concepto de obligación desde una perspectiva jurídica.

Esa óptica enmarca la obligación dentro del campo del Derecho. La definición del Derecho —al menos desde un punto de vista filosófico— es bastante compleja y excede a los fines de este trabajo. Pero lo que sí es cierto es que la función principal del Derecho de Obligaciones es la de regular conductas —entendidas como comportamientos conscientes y voluntarios de los seres humanos— entre personas, para permitir el desarrollo de la vida en sociedad. En este orden de ideas, la obligación constituye una relación jurídica existente por lo menos entre dos personas, llamadas deudor y acreedor, es decir, entre un sujeto pasivo y un sujeto activo.

Cabe añadir que el Derecho no regula cualquier tipo de conducta. Sólo se ocupa de aquellas relaciones, hechos y comportamientos que merezcan su tutela. De allí que la obligación, en tanto relación jurídica, tenga como finalidad la satisfacción, por parte del deudor y a favor del acreedor, de un interés digno de protección jurídica.

Otra característica del Derecho es su capacidad coercitiva a partir de una actividad estatal, que constituye nota de distinción entre el orden jurídico y las relaciones sociales, religiosas o morales.

Por ello, la obligación no sólo implica la sujeción del deudor para satisfacer el interés del acreedor a través de un comportamiento determinado (llamado *prestación*), sino también el poder del acreedor para compeler a su deudor a fin de que cumpla con aquello a que se obligó. Ésta es la consecuencia del «vínculo» o «relación jurídica». En caso contrario, las obligaciones no tendrían razón de ser para el Derecho, pues las personas cumplirían con sus deberes atendiendo al dictado de su conciencia, a sus principios religiosos o a las formas sociales, lo que sería propio del orden moral, religioso o social, pero de ninguna manera del orden jurídico.

64 Para mayor abundamiento ver ZATTI, Paolo. «Las situaciones jurídicas». En *Revista Jurídica del Perú*, n.° 54. Trujillo: Editora Normas Legales, 2005, pp. 357 y ss.

De acuerdo con esos conceptos, consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada *deudor*, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último, digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple parcial, tardía o defectuosamente, por razones a él imputables, responde con su patrimonio frente a dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

La jurisprudencia nacional se pronuncia en el mismo sentido, al señalar que

> La obligación es una situación bipolar —relación obligatoria u obligacional— formada, por un lado, por la posición de una parte denominada acreedor (titular de un derecho subjetivo, que es el derecho de crédito) y, por otro, por la posición de otra parte distinta llamada deudor (sujeto de un deber jurídico, que es la deuda), unidos por un vínculo jurídico por el que el acreedor —en virtud de su derecho de crédito— está facultado para exigir al deudor el cumplimiento de la prestación a cargo de éste[65].

Por otro lado, y respecto a la inexigibilidad, se dice que

> Una obligación es inexigible por razones de tiempo, lugar y modo, esto es, si la obligación ha de cumplirse en determinado plazo y éste no ha vencido, si el demandado acude a un juez del lugar distinto al pactado o si la obligación de pago a cumplirse está pendiente de una condición o cargo o cuando la ejecución no se realiza en la forma señalada[66].

3. Evolución de las obligaciones

Es conveniente desarrollar una breve reseña histórica acerca de la evolución de las obligaciones.

Según manifiesta René Demogue[67], todos los autores modernos reproducen o se conforman con traducir la definición de *Las Instituciones* de Justiniano. Agrega que Pothier la reprodujo y que el Código Civil francés se inspiró en ella.

En realidad la definición de Justiniano no es más que el punto de llegada de una evolución más amplia. En la Roma primitiva, las obligaciones eran más bien un derecho del acreedor que se refería a la persona del deudor, de la misma manera que el derecho de propiedad se refiere a la cosa. La definición moderna

65 En *Jus-Doctrina y Práctica*, n.º 1. Lima: Grijley, 2007, pp. 145 y ss.

66 Expediente n.º 1046-2001, Tercera Sala Civil de Lima, 21 de enero de 2002. En Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 714.

67 Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau, 1931, tomo VI, pp. 3 y ss.

traduce, entonces, el concepto de obligación tal como se forma en las civilizaciones adelantadas en su evolución.

Expresa Héctor Lafaille[68] que la noción de «obligación», abstractamente considerada, no se llegó a conocer en la Roma primitiva. Es siglos después, con Paulo, que se adopta un orden de ideas enteramente nuevo, al sustituir el materialismo originario por el imperio de la voluntad.

Los conceptos varían con Justiniano y los libros de Derecho reproducen *Las Instituciones*, estimándose que sintetizan del mejor modo posible los caracteres de la obligación.

El cambio más importante y que contribuye a dotar de una elasticidad mayor al concepto, según Lafaille, es aquél que tiende a sustituir el término «vínculo», que se juzga de estilo metafórico y de aplicación estricta, por el giro «situación jurídica», que sin duda resulta más comprensivo.

Sin embargo, Lafaille manifiesta que la antigua definición no perjudica el progreso científico, siempre que se interprete y aplique de acuerdo con las circunstancias actuales.

Roberto de Ruggiero[69], por su parte, expresa que la noción de la relación obligatoria, recogida por el Derecho moderno, no se diferencia en sus líneas generales de aquélla construida por los jurisconsultos romanos. En ésta, más que en ninguna otra esfera del Derecho Privado, las doctrinas romanas han conservado toda su vitalidad, en forma tal que no es posible entender gran parte de las normas actuales sin recurrir a los precedentes romanos. Sin embargo, la materia ha sufrido modificaciones debido al efecto del Derecho intermedio, y puede afirmarse que las ha sufrido profundas. Desapareció el formalismo rígido que impedía la libre voluntad de crear vínculos sin la observancia de formas solemnes o determinadas; se sustituyeron los férreos principios que antes imperaban, por la voluntad y el simple consentimiento, como elementos decisivos en la generación obligatoria; se modificó, además, el principio de que la obligación no podía transmitir ni constituir derechos reales, suplantado por el moderno, que admite la adquisición de derechos reales mediante la sola obligación de enajenar.

Josserand[70], refiriéndose a las obligaciones naturales en el Derecho romano, afirma que esta clase de obligaciones era muy numerosa porque tendía, en gran parte, a reaccionar en contra de ciertos principios demasiado rigurosos del *ius civile*. Por ejemplo, contra la idea de que ciertos seres humanos no eran personas,

68 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1947, tomo VI, volumen I, pp. 12 y ss.

69 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, pp. 7 y ss.

70 Josserand, Louis. *Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones*. Traducción de Santiago Cunchillos y Materola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Cía. Editores, 1950-1952, tomo II, volumen I, pp. 567 y ss.

como en el caso de los esclavos, que no podían hacer nacer una obligación civil, pero sí podían generar obligaciones naturales. Lo propio sucedía con el hijo de familia y, más generalmente, con las personas sometidas a la patria potestad.

Las diferentes fuentes de las obligaciones naturales desaparecieron después, con el acceso de todos los seres humanos a la personalidad y con la atenuación del formalismo. En el antiguo Derecho francés la teoría se restringe, y en el Derecho moderno sucede lo mismo, pues muchas obligaciones naturales se han convertido en civiles.

Según Ambroise Colin y Henri Capitant[71], la evolución del Derecho en esta materia ha consistido en una dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor en el paso de la ejecución en la persona a la ejecución en los bienes.

En la Roma antigua era la persona del deudor quien respondía de sus obligaciones. A falta de pago, sufría las penas más rudas. En las primeras épocas, incluso, podía ser muerto y despedazado por sus acreedores. No obstante que con posterioridad a la caída del Imperio Romano se vuelve durante algún tiempo a las antiguas concepciones, a las penalidades dadas en contra de los deudores insolventes; hoy podemos considerar a la evolución como culminada. Ya no es la persona del deudor la que debe responder por sus obligaciones, sino su patrimonio.

Para Henri, Léon y Jean Mazeaud[72], los Derechos occidentales y sus satélites se han inspirado en las reglas propuestas por los juristas del Derecho romano clásico, tal como nos han llegado mediante las compilaciones de Justiniano.

La construcción lógica de las relaciones entre acreedores y deudores está sometida a evolución, aunque menos que las restantes esferas del Derecho. La obligación forma un islote de resistencia en ese Derecho movedizo, lo que determina que así se comprenda la universalidad del Derecho de Obligaciones.

Explican los Mazeaud que se admite, por lo general, que la noción de obligación (para ser más exactos, el estado de obligado) surgió a propósito de los actos ilícitos, es decir, en materia delictual.

En materia contractual, la sola voluntad era impotente para crear obligaciones, las que no podían nacer sino del cumplimiento de formalidades. El formalismo pierde, no obstante, parte de su rigidez antes del final de la República, pues aquí aparecen los contratos consensuales, que son aquéllos en los que no es necesaria formalidad alguna.

En relación con los actos ilícitos, desde fines del siglo XII nace la idea de que toda culpa obliga al deudor a reparar el perjuicio causado. Es recién en el siglo

71 COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo II, pp. 69 y ss.

72 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

XVII que esta regla canónica triunfa definitivamente, gracias a Loysel, y luego por la autoridad de Domat.

Por otra parte, en el Derecho romano clásico el contrato era creador únicamente de obligaciones, pero era impotente para transmitir la propiedad. Esa transmisión no se realizaba más que por modos apropiados, solemnes. Luego de la venta de un bien, el vendedor continuaba siendo propietario, pero tenía la obligación de transmitir la propiedad. Para cumplir con esa obligación, el vendedor debía proceder a realizar un acto jurídico diferente al contrato de compraventa, que se concretaba con la tradición.

Los redactores del Código Civil francés culminaron esa evolución al consagrar el principio de la transmisión *solo consensu* como consecuencia de la autonomía de la voluntad. La voluntad puede crear obligaciones y es omnipotente, asimismo, para transmitir derechos reales sin formalidad alguna, con la finalidad de ejecutar la obligación misma.

Podemos apreciar que el espíritu de las obligaciones ha sido modificado profundamente en el curso de una evolución que el historiador sigue desde el Derecho romano arcaico. Pero lo esencial de la construcción romana, que ha pasado al Código Napoleón, subsiste. Es así que se entiende que el mecanismo de la obligación —es decir, la técnica según la cual nace, funciona y desaparece— haya podido permanecer casi intacta, pese a la evolución sufrida por la libertad contractual y la fuerza del vínculo obligatorio.

Luis María Rezzónico[73] expresa que según lo establecido en la Ley de las XII Tablas, si el deudor, ligado a su acreedor por un *nexum*, no cumplía la obligación, transcurrido un mes desde la condena de pago, el acreedor podía ejercer contra él la *actio judicate per manus iniectionem*, en mérito de la cual el magistrado le adjudicaba a la persona del deudor. Éste era entregado al acreedor en el término de dos meses, pasado el cual debía ser llevado hasta el *forum*, por si alguien se interesaba en su rehabilitación y pagaba por él la deuda. Si esto no ocurría, el deudor quedaba convertido en esclavo y podía el acreedor proceder a su venta, en las márgenes opuestas del río Tíber.

Con las leyes Poetelia Papiria, del año 428 a. de C., y Vallia, del año 468 a. de C., quedó abolido el *nexum* y los castigos del deudor, quien ya no podía ser vendido como esclavo, aunque sí ser obligado a trabajar para el acreedor.

A decir de la doctrina, durante la Monarquía (de los años 753 a 245 a. de C.), la fuente más importante del Derecho fue la costumbre, además de la ley. En la República y principios del Imperio aparece como fuente del Derecho no escrito la equidad, el *ius gentium*. En el primer periodo de los emperadores paganos surgen

73 Rezzónico, Luis María. *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1961, vol. I, pp. 107 y ss.

las Constituciones imperiales. Y luego toman auge las instituciones, descollando las de Gayo, Ulpiano y Paulo, y la sabiduría de Papiniano, para culminar con Justiniano, con el Código, el *Digesto* o las *Pandectas* y sus célebres *Instituciones*.

Como antes lo dijimos, en el Derecho romano primitivo, cuando se empleaba el término *nexum*, el vínculo obligacional no implicaba una relación entre el deudor y el acreedor para que en caso de incumplimiento éste pudiera disponer del patrimonio del primero, tal como ocurre en el Derecho moderno, sino que el acreedor podía disponer de la persona del deudor.

Según la doctrina, con la expansión romana hacia el mundo italiano, las relaciones jurídicas que incluyen las obligaciones se convierten en más frecuentes y complejas, y esta situación tan desfavorable para el deudor se fue atenuando.

Es en las *Instituciones* de Justiniano donde se define el concepto de obligación, el cual conserva sorprendente actualidad.

Por su parte, el Derecho Canónico tuvo gran desarrollo a partir de la Edad Media e impregnó los conceptos romanos con los principios de la moral cristiana. Así encontramos, por ejemplo, como uno de sus principales aportes el concepto de la «buena fe», entendida como la creencia en la palabra empeñada.

Mientras los romanos eran básicamente formalistas, los canonistas consideraban que la palabra empeñada era suficiente, sin importar la forma en que ella se expresara.

La doctrina coincide en que a pesar de que el sustento esencial del Derecho de Obligaciones lo encontramos en el Derecho romano, los canonistas de la Edad Media han desempeñado en esta materia un papel preponderante, destinado a empapar a la norma jurídica de principios éticos y morales, sin olvidar la considerable influencia de los pandectistas alemanes. A partir de allí, fueron los predecesores del Código Napoleón —Dumoulin, D'Argentre, Domat, Pothier— quienes hicieron aportes fundamentales a la materia. Y el desarrollo continúa a partir del Código Napoleón, a través de las numerosas legislaciones que se dictan a su amparo, hasta la promulgación del Código Civil alemán de 1900. Luego, la evolución no cesa y a la luz de los Códigos francés y alemán se promulga esa gran obra legislativa que es el Código italiano de 1942, con influencia determinante en todas las legislaciones civiles de las últimas siete décadas.

4. Naturaleza jurídica de la obligación

Lo que determina el concepto de obligación es la necesaria existencia de un crédito y una deuda. Es fundamental que en toda obligación haya un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que permite poner de relieve el predominio humano sobre los elementos materiales. Esta reciprocidad, deuda y crédito, corresponde a la misma prestación. Entre los dos requisitos encontramos una verdadera equivalencia

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

jurídica. Y ambos conceptos se encuentran vinculados a través de una relación jurídica exigible y con consecuencias patrimoniales, al menos para el deudor.

Según Karl Larenz[74], el ordenamiento jurídico no se conforma, por lo general, con imponer al deudor una obligación y reconocer el derecho del acreedor a la prestación; se preocupa también de que en caso sea necesario pueda el acreedor realizar su derecho. Asimismo, otorga al acreedor la posibilidad de demandar la prestación del deudor y de ejecutarla forzadamente, ya que sin esta posibilidad el acreedor quedaría librado a la buena fe del deudor, que siendo siempre de fundamental importancia no es en muchos casos bastante para garantizar el cumplimiento de la pretensión jurídica.

La «pretensión» es el derecho a demandar el cumplimiento de una determinada acción u omisión. Por ello se puede afirmar que el derecho a la prestación que cabe exigir frente al deudor constituye una pretensión. El carácter primario del crédito no lo constituye la «pretensión», es decir, la posibilidad de realizarlo, sino el derecho inherente a la prestación que es el reverso del «estar obligado» del deudor ante el acreedor. Dicho de otro modo, se puede afirmar que el crédito tiene un contenido que excede de la pretensión.

Agrega Larenz que, por lo general, en la comunidad jurídica organizada, en el Estado, cabe exigir judicialmente cualquier crédito. Sin embargo, existen créditos que ya no cabe realizar, como ocurre, por ejemplo, con las acciones prescritas para exigirlos, que ya no constituyen una «pretensión».

Con la presentación de la demanda se inicia la realización judicial del crédito, que desemboca, una vez condenado el deudor, en la ejecución forzosa. Por esto se dice que el deudor «responde» de su deuda con su patrimonio.

Larenz concluye expresando que la relación de obligación extinguida a consecuencia del cumplimiento de los deberes de prestación no desaparece del mundo del pensamiento jurídico, pues conserva su importancia como «fundamento jurídico» de la prestación realizada.

Henri, Léon y Jean Mazeaud[75], al definir la obligación, indican sus tres características esenciales: la obligación es un vínculo de derecho de naturaleza pecuniaria y que se integra entre personas.

Afirman que por ser la obligación un vínculo de derecho se considera que estar ligado es tanto como estar obligado. Por lo general, el acreedor puede recurrir a la fuerza pública para compeler al deudor. Pero esta situación no configura el carácter específico de la obligación, pues existen aquéllas en las que no se puede apelar a este recurso, como sucede en las obligaciones naturales.

74 Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, pp. 27 y ss.

75 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, pp. 11 y ss.

Indican que la obligación, para los autores alemanes, se encuentra dividida en dos elementos: la *Schuld* y la *Haftung*. La *Schuld* ('deuda', 'débito') es el deber jurídico que impone el cumplimiento de una prestación, el pago. Si el pago se realiza, la *Schuld* desaparece. La *Haftung*, a su turno, aparece cuando la obligación se incumple, porque es la coacción que permite al acreedor pasar a la ejecución forzosa y dirigirse contra la persona o la cosa que responde de la deuda.

El segundo carácter se refiere a la naturaleza pecuniaria de la obligación. La obligación, en concepto de los Mazeaud, es un derecho que puede ser valorado en dinero, un derecho patrimonial. Esto no significa, empero, que el ámbito de la obligación se encuentre separado de los derechos de la personalidad, pues si bien es exacto que los derechos de la personalidad se encuentran fuera del Derecho de las Obligaciones, ambas esferas, sin embargo, se penetran.

Los Mazeaud señalan como tercer carácter de la obligación, según se ha expresado, que ella constituye un vínculo entre personas.

Alfredo Colmo[76] añade que si la obligación es un vínculo en cuya virtud podemos compeler a alguien a que nos dé, haga o deje de hacer algo, quedaría por demostrar que en todos los casos en que uno debe dar, hacer o no hacer algo, está sujeto a una relación obligatoria. Pero, sin embargo, afirma la existencia de obligaciones que son impuestas por la amistad, el respeto, la cortesía, la sociedad, la moral, etcétera.

Por lo tanto, entiende por obligación aquélla que es exigible civilmente, es decir, lo que da derecho ante la ley civil para compeler, para forzar al obligado al cumplimiento, determinación que resulta muy delicada, pues es imposible que un Código Civil contenga un catálogo o una regla general que precise y limite los supuestos.

En tal sentido, Moisset de Espanés[77] sostiene que la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un individuo determinado (acreedor), tiene el derecho para que otro individuo determinado (deudor), cumpla una prestación susceptible de apreciación económica. El deudor, por su parte, tiene el deber de cumplirla.

A decir de Ordoqui Castilla[78], por obligación debe entenderse, la relación jurídica existente entre dos o más sujetos en virtud de la cual una persona determinada, denominada *deudor*, está vinculada o sometida bajo el poder coactivo del ordenamiento jurídico a cumplir una conducta determinada, patrimonialmente valorable, para satisfacer un interés aunque no sea patrimonial, de la otra persona determinada, llamada *acreedor*, que tiene derechos y garantías al cumplimiento por parte del deudor.

76 Colmo, Alfredo. *De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 4 y ss.

77 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Zavalía, 2004, tomo I, p. 47.

78 Ordoqui Castilla, Gustavo. *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: Ediciones del Foro, 1998, tomo I, p. 34.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FRONTE

Antonio de la Vega Vélez[79] afirma que la obligación reposa en una relación de dependencia. El deudor, en lo referente al cumplimiento de la prestación que le incumbe, está sometido al acreedor. La libertad del primero, de cierta manera, resulta limitada por el segundo. Si no existiera esta sujeción, la obligación sería ineficaz, pues en caso de renuencia por parte del obligado, el interés del acreedor no podría satisfacerse. De ahí que para garantizar el respeto de las obligaciones la ley otorgue a los titulares de un derecho de crédito, medios de coerción encaminados a lograr que el deudor cumpla con sus deberes. Estos medios de coerción que atan, que ligan, que vinculan al sujeto pasivo con el activo, constituyen el vínculo jurídico.

La dependencia entre deudor y acreedor la asegura el poder social por medio de sanciones que tienden a constreñir al deudor a ejecutar la prestación que le corresponda o a resarcir los daños que el incumplimiento de ella ocasione al acreedor. Éste, para obtener la aplicación de tales sanciones, goza de las acciones inherentes a su derecho de crédito.

El derecho de crédito se ejerce siempre contra una o varias personas determinadas. Únicamente al deudor o deudores puede exigírseles el cumplimiento de la prestación debida.

Es así que no existiendo interés del acreedor, no habrá obligación. En cambio, cuando la obligación es satisfecha, aunque sea por persona diferente del deudor, la obligación se extingue, por haber desaparecido el interés del acreedor cuya satisfacción perseguía.

Para Francesco Messineo[80], el Derecho objetivo de las obligaciones regula las relaciones que nacen de la obligación, entendida como el conjunto (o la unidad) del Derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito, lado activo de la relación obligatoria) y del deber (débito) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria), que corresponde a aquél.

Los dos aspectos de la relación obligatoria son conexos entre sí, interdependientes, pues no es posible que exista el uno sin el otro, aunque no puedan colocarse en el mismo plano.

Messineo encuentra en el término *obligación* una clara referencia a lo que se llama vínculo, es decir, a la sujeción, al sometimiento del deudor, al deber de cumplimiento. Vínculo obligatorio es el ligamen que constriñe al deudor, restringiendo su libertad de acción, que está legitimado por los principios, en cuanto por lo general deriva de la determinación del obligado, el cual asume, precisamente, una limitación a su propia libertad.

79 De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1978, pp. 3 y ss.

80 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Obligaciones. Parte general*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo IV, pp. 3 y ss.

Así, la relación obligatoria constituye una peculiar «situación» jurídica respecto de los sujetos que participan en ella y de la cual nacen deberes, de un lado, y derechos, del otro. Es posible que la obligación encuentre su origen en un negocio jurídico de contenido particular (contrato llamado *con prestaciones recíprocas*), y es posible, por lo tanto, que cada uno de los sujetos sea, al mismo tiempo, deudor y acreedor.

Señala Raimundo Emiliani Román[81] que el vínculo o atadura es de carácter jurídico, es decir, que se rige por las reglas del Derecho. En virtud de él, el deudor se encuentra jurídicamente obligado y, en caso incumpla, el acreedor se encuentra facultado a (recurrir a los tribunales de justicia para que se ordene) utilizar la fuerza pública para exigir el pago, que puede ser directo o indemnizatorio, por los perjuicios causados.

Asimismo, indica que está generalizado en la doctrina el concepto de que el constreñimiento al deudor no es de la esencia de la obligación, ya que existen obligaciones, como las naturales, que no dan acción, sino excepción, para retener el pago, a pesar de lo cual son tan obligaciones como las demás, porque el deudor «debe» jurídicamente, aunque no pueda ser compelido.

Se aparta de este concepto argumentando que las obligaciones naturales no son obligaciones civiles sino simplemente morales, a las cuales el Derecho les da cierta validez como compensación por tenerlas que extinguir o anular por simples razones técnicas, en contra de la justicia.

La deuda jurídica del deudor otorga al acreedor el derecho de apremio. Aquí encontramos una gran diferencia con la obligación moral, cuyo cumplimiento forzado repugna. Pero la obligación jurídica es, al mismo tiempo, moral. La conducta del deudor, por lo tanto, puede ser evaluada desde dos puntos de vista: el de la obligación jurídica mediante la cual se permite el constreñimiento al deudor para que pague, pues lo que se busca es la satisfacción del crédito del acreedor, mientras que la obligación moral se refiere al mérito o demérito de la conducta del obligado.

Por la obligación, el deudor debe jurídicamente, ya que la obligación es un deber jurídico de pagar. Si no paga, el deudor puede ser constreñido al pago directo o al indemnizatorio de los perjuicios causados.

Emiliani Román se refiere luego a la ya citada distinción de los autores alemanes entre los dos elementos del vínculo jurídico, la *Schuld*, que es la deuda o deber jurídico de pagar, y la *Haftung*, que es el constreñimiento que permite al acreedor exigir el cumplimiento forzado, ya directamente, ya contra los bienes del deudor.

La mencionada diferenciación, agrega, se utiliza para explicar la obligación natural que contiene deuda (*Schuld*), pero no constreñimiento (*Haftung*), aunque

81 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

no comparte esta posición, ya que para él no existe deuda civil en las obligaciones naturales.

Antonio Hernández Gil[82] establece la diferencia entre la obligación y el deber general, que radica en que este último sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros, que integra el contenido de la obligación.

Hernández Gil expresa que las principales características de la obligación son las siguientes:

(a) No existe deuda sin crédito y a la inversa.

(b) El deber es aquí un deber de prestación. Es decir, el deber se refiere a un comportamiento determinado de la persona.

(c) La obligación en sentido específico, como deber de prestación, se caracteriza porque puede expresar por sí sola la relación existente entre dos o más personas.

(d) Por lo general, la prestación sobre la que recae el deber es susceptible de una valoración económica, pero la patrimonialidad no es una característica indispensable de la obligación.

Según Hernández Gil, un postulado de Kant, el cual fue acogido por los pandectistas, tornó en herejía el hecho de que las cosas pudieran constituir objeto de las relaciones jurídicas. Se proclamó que éstas siempre son relaciones entre personas. El objeto de la obligación lo constituye el comportamiento del deudor, la conducta activa u omisiva a que esté obligado o, lo que es lo mismo, la prestación depurada de toda presencia de cosas.

Para el autor español esta tesis no parece plenamente justificada, porque la total exclusión de las cosas del objeto no es posible, aunque admite que es cierto que no son las cosas el objeto, sino la prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Señala Jacques Dupichot[83] que si procedemos de lo general a lo particular, la terminología jurídica distingue, en primer lugar, el derecho llamado objetivo o regla de derecho abstracto, de los llamados derechos subjetivos. Para Dupichot, la obligación es un derecho subjetivo.

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[84] expresan que en la obligación existen dos elementos distintos que han sido resaltados por los historiadores al estudiar los textos del Derecho romano y del Derecho germánico. Toda obligación comprende como fenómenos separados la deuda y la responsabilidad. La deuda

82 Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial Ceura, 1983, pp. 63 y ss.

83 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, pp. 3 y ss.

84 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, pp. 176 y ss.

(*debitum*, *Schuld*) indica el deber de realizar una prestación. La responsabilidad (*obligatio*, *Haftung*) es la sujeción al poder coactivo del acreedor.

Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa del deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye, bajo una u otra forma, un caso de responsabilidad.

Pero un sector de la doctrina ha pensado en la existencia de hipótesis en que deuda y responsabilidad aparecen como fenómenos independientes y autónomos. Así, en el concepto de las obligaciones naturales habría una deuda sin responsabilidad, pero éstas, según los autores citados, son tan sólo deberes morales. Se dice, por otra parte, que todas las veces en que alguien garantiza una deuda ajena asume una responsabilidad, pero que no debe. Asume una responsabilidad para el caso de incumplimiento del deudor. Pero el garante está también obligado en grado subsidiario o al mismo nivel que el propio deudor.

Ernesto Clemente Wayar[85] afirma que toda obligación contiene un deber jurídico, pero que no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Los deberes jurídicos conforman un género y sólo una de sus especies integra la relación de obligación.

Para poder distinguir el deber de obligación de aquéllos que no son técnicamente obligaciones, es necesario señalar los caracteres típicos y específicos de aquel deber:

(a) La relación de obligación crea un vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

(b) Una de las particularidades más importantes es la patrimonialidad de la prestación.

(c) El deber de la prestación se dirige a satisfacer el interés, patrimonial o no del acreedor y éste está autorizado para exigir su cumplimiento.

Por carencia de alguna de las características señaladas, no constituyen obligaciones:

(a) Los deberes jurídicos genéricos, en los cuales no existe un sujeto activo determinado.

(b) Los deberes jurídicos sin contenido patrimonial.

Indica que siempre que el comportamiento debido sea apreciable patrimonialmente, se estará en presencia de una «obligación», aun cuando se trate de una relación jurídica familiar. Es lo que ocurre con el deber de prestación alimentaria, que sí tiene un claro contenido económico y que es pasible, además, de ejecución forzada.

85 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 30 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Wayar agrega que la obligación es una relación entre personas: el deudor tiene el deber jurídico de desarrollar una prestación; el acreedor tiene el derecho de que su interés sea satisfecho mediante esa misma prestación. Este proceso se desarrolla normalmente cuando el deudor despliega la conducta esperada y satisface al acreedor, con lo cual la obligación se extingue y el deudor queda liberado, sin necesidad de que el proceso pase a una segunda fase.

Si el deudor no adopta la conducta debida y, a pesar de su inconducta, el acreedor puede recibir aquello que se le debía, sería necesario ingresar al campo de la ejecución forzada. En definitiva, el cumplimiento voluntario de la obligación o la ejecución forzada agotan el concepto de obligación.

La ejecución forzada basa su subsistencia en el «deber de prestación». Ello no significa que el deudor no pueda incurrir en responsabilidad frente al acreedor. En tal caso, al «deber de prestación» se sumará el «deber de reparar». Pero uno y otro tienen distinto origen: el primero deriva de la obligación misma; el segundo, del daño causado al acreedor. El deber de reparar requiere la prueba del daño que le ha dado nacimiento; por el contrario, el deber de prestación no necesita ser probado, pues proviene de la misma obligación.

A su vez, Bruno Inzitari[86] sostiene que la relación entre el deudor y acreedor se expresa en los siguientes términos: el deudor debe ejecutar el comportamiento de dar, de hacer o de no hacer al cual está obligado frente al acreedor y, a su vez, el acreedor tiene el derecho de pedir y de obtener que el deudor desarrolle la actividad (que se califica como debida) de dar, de hacer o de no hacer a su favor. Tal derecho del acreedor se llama *derecho de crédito* o, de forma más general, pretensión creditoria, mientras que el *obbligo* de dar, de hacer o de no hacer es denominado *débito a cargo del deudor*, justamente a favor del acreedor, y es realizado a través del cumplimiento, es decir, de la ejecución, de la realización del comportamiento debido de dar, de hacer o de no hacer a favor del acreedor.

Se debe tener en cuenta —continúa expresando el citado profesor— que las relaciones obligatorias, es decir, las obligaciones jamás se presentan aisladamente en la realidad, sino como parte de una situación concreta (que los juristas denominan *fattispecie* concreta) más amplia y detallada. Podemos observar ahora que la relación obligatoria o, si se quiere, las obligaciones, para poder ser consideradas como válidamente constituidas y, por lo tanto, para que el débito pueda ser efectivamente exigible, deben fundarse en una causa justificativa apropiada, como, por ejemplo, un contrato válido donde el *obbligo* de cumplir la obligación, como el dar la suma de dinero, se justifique, precisamente, en el recíproco *obbligo* de entregar al deudor del dinero el automóvil objeto de la compraventa. Esto no

86 Inzitari, Bruno. «Le obbligazioni: fonti e disciplina generale». En *Istituzioni di Diritto Privato* a cura di Mario Bessone. Turín: Giappichelli, 2001, pp. 457 y ss.

quiere decir que la causa justificativa de toda obligación deba consistir, necesariamente, en una «contraobligación» o contraprestación.

Después de recordar las teorías de algunos ilustres civilistas sobre la naturaleza jurídica de la obligación, desarrollaremos dos temas medulares para resolver materia tan delicada y compleja. Primero, los alcances de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos sin contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales. Luego, la propia naturaleza jurídica de la obligación civil.

La obligación civil es un deber jurídico. Pero con las obligaciones civiles no se agotan los deberes jurídicos, los deberes morales o de solidaridad social, ni los deberes generales. El ámbito de los deberes jurídicos, morales y generales es amplísimo y excede, largamente, la noción de obligación civil.

Por esas razones efectuamos la siguiente clasificación:

a. Obligaciones civiles propiamente dichas

En primer lugar, existen las obligaciones civiles, las que —necesariamente— deberán poseer un contenido patrimonial.

Como ejemplo citaremos el caso del contrato de compraventa. Por él, conforme al artículo 1529 del Código Civil peruano de 1984, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Aquí tenemos claramente dos obligaciones.

Asimismo, constituyen obligaciones civiles las que nacen de la voluntad unilateral. Por ejemplo, el caso del testador, quien impone determinadas modalidades obligacionales en sus disposiciones de última voluntad. El día en que muere ese testador, automática, inflexiblemente y sin solución de continuidad, se establece la relación obligatoria, por ejemplo, entre sus herederos y un legatario, este último favorecido por las modalidades obligacionales. Ello, naturalmente, a menos que exista renuncia de herencia o de legado.

Es también obligación civil la de prestar alimentos, porque ella origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de patrimonialidad. Aquí conviene llamar la atención respecto al erróneo concepto en que incurren algunos autores al descartar la obligación civil del ámbito del Derecho de Familia.

Asimismo, constituyen obligaciones civiles, en fin, todas las previstas por las relaciones de responsabilidad extracontractual a que se refieren los artículos 1969 y siguientes del Código Civil. No aludimos, desde luego, a la circunstancia de que cada persona sea acreedora de todas las demás personas del planeta por la simple existencia de la ley, pero sí afirmamos, y lo hacemos enfáticamente, que la obligación civil nace, por orden de la ley, desde el momento en que una persona, por dolo o por culpa, causa un daño a otra, o desde que aquél que usa un bien riesgoso o peligroso,

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

o ejercita una actividad riesgosa o peligrosa, causa daño a otro. En ese instante surge la obligación de indemnizar, y esta obligación, qué duda cabe, es de carácter civil.

b. Deberes jurídicos con contenido patrimonial

Luego existen los deberes jurídicos con contenido patrimonial. Tratamos, dentro de esta denominación, a las llamadas obligaciones naturales.

Citaremos los dos únicos casos previstos por nuestra ley civil que, a su turno, son clásicos en la doctrina, a saber: el de las obligaciones declaradas prescritas, en las que si se efectúa el pago el acreedor no puede repetir (artículo 1275 del Código Civil), y el del juego y la apuesta no autorizados, cuando tienen carácter lucrativo y no están prohibidos por la ley; en este último supuesto no se otorga acción para reclamar por su resultado. Se trata, simplemente, de un deber jurídico con contenido patrimonial llamado obligación natural. Por eso, al igual que en el caso de las obligaciones prescritas, quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados no puede solicitar su repetición (artículo 1943 del Código Civil).

En esas hipótesis quien paga no está obligado a hacerlo, pero si lo hace responde a un imperativo de su conciencia y, por lo tanto, cumple con un deber previsto expresamente por la norma jurídica, que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir.

Debemos admitir que, hace algunos años, aunque empleábamos la expresión «obligaciones naturales» por ser de amplia divulgación, pensábamos que no era apropiada por constituir una *contradictio in adjecto* o *contradictio in terminis*. Como sostuvimos entonces, en nuestra opinión la terminología utilizada no era correcta. Hoy, sin embargo, nuestra posición ha cambiado.

En efecto, si bien nadie puede negar que este tipo de deber jurídico con contenido patrimonial no pueda calificarse como una obligación por carecer del rasgo de la exigibilidad, no es menos cierto que el hecho de que la palabra «obligación» vaya acompañada del adjetivo «natural» evita cualquier confusión.

c. Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial

Aquí podemos enunciar múltiples casos. Referirnos, por ejemplo, a las numerosas situaciones que emanan del Derecho de Familia, tales como la recíproca fidelidad entre los cónyuges; el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal; la obligación de ejercer la patria potestad en virtud de la cual los padres tienen el deber de cuidar de la salud y bienes de sus hijos menores, y todos los deberes que emanan de este ejercicio como la educación de los hijos, el corregirlos moderadamente, etcétera. O mencionar valores ajenos a los de la familia y que carecen de contenido patrimonial, tales como el deber de no mancillar el honor del prójimo, que nadie se entrometa en la intimidad personal o familiar, o que se respeten la voz y la imagen ajenas, etcétera.

Estos deberes jurídicos carecen de contenido patrimonial, pero pueden, en algunos casos, adquirir ese contenido. Por ejemplo, los padres que ejercen la patria potestad usufructúan los bienes de sus hijos. En consecuencia, si se pierde la patria potestad, se pierde, consiguientemente, el derecho de usufructuar tales bienes. Esta circunstancia tiene, sin duda, evidente contenido económico. O el caso del abandono del hogar conyugal, que puede constituir causal de divorcio y que acarrea, por lo tanto, consecuencias económicas, entre ellas las hereditarias, de contenido patrimonial cierto. El lesionar el honor ajeno da origen a una indemnización de daños y perjuicios, generando la obligación civil de repararlos.

Otros casos tan sólo quedan como deberes jurídicos, sin consecuencias ulteriores. Por ejemplo, la obligación de educar a los hijos. Dudamos de que el hijo al adquirir la mayoría de edad decida por sí y ante sí que no ha sido bien educado, y trate de constituir, a partir de ese hecho, una obligación civil a cargo de sus padres de indemnizarlo por daños y perjuicios.

d. Deberes morales o de solidaridad social

Éste es un tema en que se pueden presentar numerosísimos casos, con contenido patrimonial o sin él. Desde el conductor de un vehículo que transporta a un hospital a una persona herida a quien encuentra en la vía pública, hasta la persona que sufraga el mantenimiento de un pariente lejano, a quien no tiene la obligación de prestarle alimentos.

La trascendencia de esta clasificación se desprende del artículo 1275 del Código Civil, cuando prescribe que «No hay repetición de lo pagado [...] para cumplir deberes morales o de solidaridad social [...]».

Se trata, en ambos casos, de deberes morales, pues la solidaridad social emana de la moral y no es jurídica. Aquí no hay una obligación civil ni natural. Tampoco hay deberes jurídicos. Hay solamente razones éticas, de beneficencia o de caridad que inducen a una persona a acudir con la prestación.

Pero queremos aclarar que muchas veces el llamado *cumplimiento de deberes morales* tiene un antecedente vinculatorio de carácter jurídico entre quien cumple con ellos y aquél con quien se cumple. Sería el caso de la restitución después de declarado nulo un acto jurídico. El acto nulo es inexistente y, por lo tanto, de él nada queda. Sin embargo, si el beneficiado con la nulidad restituye, lo hace acatando un deber jurídico ya que de no hacerlo se configuraría un supuesto de enriquecimiento sin causa.

e. Deberes generales que carecen de contenido patrimonial

Ellos no se encuentran previstos por la norma jurídica. Por ejemplo, la obligación de hacer una venia ante la bandera de la patria; la obligación de entonar el himno nacional en una actuación pública; la obligación de escuchar el himno nacional de pie.

Estos deberes generales no dan origen a obligación alguna. Responden, simplemente, a otros valores tales como la educación, el amor por los símbolos patrios, etcétera. Si su infracción estuviera penada, por ejemplo, con una multa, tal infracción sí generaría una obligación civil, pero, entonces, allí estaríamos hablando de una relación jurídica vinculatoria propia de las obligaciones civiles.

Hasta aquí la enunciación de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales.

Ahora analizaremos lo que en nuestro concepto constituye la verdadera naturaleza jurídica de la obligación civil.

Como hemos visto, la doctrina admite numerosas teorías que intentan explicar la naturaleza de la obligación. Las resumimos refiriéndonos a las más importantes, esto es, a las teorías subjetivas, a las teorías objetivas y al sistema del débito y responsabilidad.

Las teorías subjetivas son consideradas como las tradicionales y se caracterizan por concebir a la obligación como un sometimiento del deudor a la capacidad jurídica que tiene el acreedor para constreñirlo. Así, Savigny, uno de los tantos juristas que junto con Hedemann o De Ruggiero se adhiere a la teoría subjetiva, considera que la obligación es un señorío sobre los actos del deudor que quedan subordinados a la voluntad del acreedor. Puede apreciarse que en las teorías subjetivas lo que caracteriza a la obligación es el poder de la voluntad del acreedor sobre su deudor.

En las teorías objetivas la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino como un sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor. De esta manera, el punto central de la obligación ya no es la persona obligada sino su patrimonio. Estas teorías son sostenidas, entre otros, por Dulcket y Gaudemet.

Es la teoría aportada por la doctrina alemana la que ha alcanzado mayor difusión y se ha desarrollado en países como Francia, Italia y España. Se trata de la teoría del débito y responsabilidad (*Schuld und Haftung*). Ella explica la naturaleza jurídica de la obligación a partir de un criterio objetivo, aunque con caracteres distintos e innovadores.

Fue Pacchioni uno de los que asimiló la relación jurídica obligatoria no como algo unitario, sino como una relación compleja, formada por dos elementos, el *Schuld* (débito o deuda) y el *Haftung* (garantía o responsabilidad).

Se asume —en esta teoría— que en la relación obligatoria existe una deuda entre deudor y acreedor, por la cual el primero, esto es el deudor, se encuentra sometido a satisfacer un interés de su acreedor por medio de la realización de cierta prestación. A su vez, hay una situación de garantía, pues el patrimonio del deudor queda a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, lo que algunos autores denominan *prenda genérica o universal.*

Para opinar sobre esta tercera posición, bastante atractiva por cierto, debemos recordar el vínculo jurídico o relación jurídica, que viene a ser un nexo que une a una persona con otra (en este caso, al acreedor con el deudor). Dicho vínculo o relación requiere de dos elementos: el débito y la responsabilidad.

El débito, que constituye la deuda, es decir, la obligación de cumplir con una prestación, existe frente al derecho del acreedor, integrado por la prestación, que le otorga la facultad de exigir su cumplimiento. Sería ilógico, por esa razón, que pudieran existir obligaciones en las cuales la deuda no fuera exigible por el acreedor, sino que ésta quedara a voluntad del deudor.

Por tanto, el débito constituye una situación de deber alguna prestación, que existe desde que nace la obligación hasta que ella desaparece, cuando el deudor la cumple voluntariamente. La responsabilidad sólo se presenta cuando se incumple y, en este caso, el Derecho otorga al acreedor la facultad de accionar contra el patrimonio del deudor.

Aquí podemos pensar en dos tiempos. El primero, que la relación obligatoria no es un vínculo que somete ni a la persona del deudor ni exclusivamente a su patrimonio, sino que le exige determinada conducta; y luego, subsidiariamente, en caso de incumplimiento, responder con su patrimonio.

Pero volviendo al tema de la separabilidad entre el débito y la responsabilidad, expresiones conceptualmente diferentes y, por lo tanto, desligables, pueden o no serlo en la realidad, según la teoría que se adopte. Cabe preguntarse entonces, ¿puede alguien deber sin poder ser compelido a cumplir? O, a su turno, ¿puede alguien ser compelido a cumplir sin deber previamente? Son éstos los polémicos casos de deuda sin responsabilidad y de responsabilidad sin deuda.

Para la primera hipótesis, la de deuda sin responsabilidad, se presenta el típico ejemplo de las denominadas *obligaciones naturales*, en las que se dice que existe un «derecho» —en rigor es un «deber jurídico con contenido patrimonial»— no exigible por medio de una acción. Así tenemos los casos de las obligaciones originadas por el juego y la apuesta no autorizados por ley, en los que no hay acción para reclamar por su resultado; o de las obligaciones en las que se ha declarado prescrita la acción para ejercitarla.

En el segundo supuesto, el de responsabilidad sin deuda, se apela al caso de la fianza, en la que es un tercero quien asume la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

No obstante lo señalado, creemos que la separabilidad entre débito y responsabilidad no se puede dar en la práctica, pues son las dos caras de un mismo concepto. En las denominadas obligaciones naturales, en las que se expresa que hay un débito pero no responsabilidad, no estamos ante una relación obligatoria, por lo menos desde un punto de vista jurídico, ya que por definición el derecho debe tener capacidad de coacción estatal, y mal podríamos asimilar una obligación

natural al campo de las obligaciones civiles o jurídicas, si no es pasible de cumplimiento forzoso. En todo caso, las obligaciones naturales deben tratarse, como lo hemos señalado, en la condición de deberes jurídicos con contenido patrimonial.

Por otra parte, tampoco existen obligaciones con responsabilidad pero sin deuda. Para que exista responsabilidad se requiere, necesariamente, una deuda. Así, el ejemplo de la fianza resulta engañoso, pues parecería que el fiador no asume también la calidad de obligado frente a la deuda de un tercero, es decir, la del deudor ante el acreedor. Si analizamos la figura de la fianza a la luz de los artículos 1868 y siguientes del Código Civil, comprobamos que la relación obligatoria de la fianza, aunque subordinada a una principal, es entre el fiador y el acreedor. Más aún, en el caso de la fianza sin beneficio de excusión (artículo 1883 del Código Civil), el acreedor no requiere accionar previamente contra el deudor, sino puede hacerlo directamente contra el fiador. Existe entonces un débito entre el fiador y el acreedor, sólo que se encuentra condicionado al cumplimiento del deudor principal. Pero si el fiador no tiene derecho a la excusión de los bienes de su deudor, el acreedor puede accionar, como lo hemos expresado, directamente contra el fiador, sin necesidad de hacerlo de modo previo contra su deudor. En estos casos —salvando las distancias jurídicas entre ambas instituciones—, el fiador prácticamente estaría actuando como deudor principal.

En conclusión, el débito y la responsabilidad son dos elementos inseparables, que siempre están presentes en la relación obligacional, en la que se encuentran interconectados. Deuda y responsabilidad no pueden constituirse en elementos autónomos y distintos. La responsabilidad sólo se justifica a través de la idea de la obligación jurídica. Se es responsable porque se debe algo, no existe responsabilidad sin deber previamente, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, en el sentido de obligación civil, constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

La teoría que hemos desarrollado es importante; nos inclinamos hacia ella, pero sin tratar deuda y responsabilidad como fenómenos independientes y autónomos, sino vinculados por una relación jurídica patrimonial que le atribuye la característica inseparable de exigibilidad.

Débito, crédito, prestación, patrimonialidad y vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil. Un quíntuplo que explica su naturaleza jurídica.

5. Elementos de la obligación

La obligación, en nuestro concepto, tiene cuatro elementos:

(a) Los sujetos; es decir, por lo menos un sujeto «pasivo» llamado deudor y también por lo menos un sujeto «activo» llamado acreedor. El deudor tiene un débito ante el acreedor y éste, a su turno, tiene un crédito frente al deudor.

(b) Un «vínculo jurídico» o «relación jurídica» entre el deudor y el acreedor.

(c) Un objeto. Éste debe ser posible, lícito, determinado o determinable y patrimonial.

(d) Una causa, en su doble acepción de «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones» y «causa legal» o «causa final».

Analizaremos uno a uno los elementos de las obligaciones, dejando constancia de que cargamos la tinta sobre dos temas complejos y controvertidos: la patrimonialidad del objeto y la causa de la obligación.

a. Sujetos de la obligación

Según Pothier[87], no hay obligación sin la existencia de dos personas; una que es la que contrae la obligación y otra a favor de quien se haya contraído. Aquél en favor de quien se ha contraído la obligación se llama *acreedor*; el que la ha contraído se denomina *deudor*.

Sin embargo, en principio la obligación no se destruye por la muerte de una o de otra, pues se reputa que dicha persona «vive» en la de sus herederos que le suceden en todos sus derechos y obligaciones.

Ésta es una ficción asumida por Pothier, en la que una persona fallecida «vive», a efectos de que sus herederos asuman los derechos y obligaciones que contrajo. Pero no siempre se transmite la obligación a los herederos; ello sólo ocurre cuando la obligación no es inherente a la persona, o no lo prohíbe la ley, o no se ha pactado en contrario (artículo 1218 del Código Civil peruano de 1984). Y existe adicionalmente la restricción por la cual el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta (artículo 661 del Código Civil).

Enseña Busso[88] que por definición todo derecho subjetivo requiere un sujeto. Según el derecho sea concebido como una facultad de actuar o como un interés protegido, el sujeto será la persona cuya voluntad se ampara o cuyo interés se protege.

El derecho personal —especie dentro del género del derecho subjetivo— se integra sobre la base de dos elementos: un crédito y una deuda. Cada uno de ellos es una realidad jurídica distinta, con existencia propia, y tiene su propio titular y sujeto.

La dualidad de los titulares es una necesidad lógica. El derecho personal supone un vínculo que relaciona entre sí a dos sujetos y pone en contacto determinadas virtualidades jurídicas (una pretensión y un deber) del que uno y otro son portadores.

87 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 110 y ss.

88 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 8 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agrega Busso que todo el contenido del vínculo y todo su rendimiento, tanto en lo relativo al goce como al ejercicio, se dan con relación a cada sujeto. Al sujeto activo le corresponde el título o pretensión y la actividad para hacerlo efectivo. El pasivo soporta la sujeción a los poderes del acreedor y a él también le incumbe la actividad, en sentido amplio, de dar, de hacer o no hacer lo que la prestación requiera. Opina Sánchez Román, citado por Busso, sobre la actividad del deudor, que ésta es imperativa y condicionante para el acreedor, ya que en las obligaciones el verdadero objeto jurídico es el compromiso contraído por el deudor.

Concluye Busso afirmando que los sujetos activo y pasivo deben ser personas distintas la una de la otra. No sería obligación jurídica el compromiso que una persona contrajera consigo misma. Nadie podría por acto jurídico crear a su cargo obligaciones de las cuales fuera simultáneamente acreedor y deudor.

Por nuestra parte, añadimos que los sujetos son las personas ligadas por el vínculo obligacional y, en principio, deben ser dos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). Nada impide, sin embargo, que existan varios sujetos activos o varios sujetos pasivos o, simultáneamente, que en una misma relación obligacional exista pluralidad de sujetos activos y pasivos. Consecuentemente, lo que hay son dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora, y esas partes pueden estar formadas por más de una persona.

Es requisito esencial de la relación obligatoria que los sujetos sean determinados o determinables. Son determinados cuando están individualizados inicialmente. Son determinables o relativamente indeterminados cuando la determinación responde a circunstancias que se darán una vez creada la obligación. Así, en el caso de la promesa unilateral, regida por el artículo 1956 del Código Civil, el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad a cumplir una prestación en favor de otra persona, que recién se determinará como acreedora al aparecer cumpliendo con la exigencia de tal promitente.

Otro caso de relativa indeterminabilidad es el de las llamadas obligaciones reales u obligaciones *propter rem*, en las que el sujeto se determina a través de la relación que tiene con un bien. Este caso se da comúnmente en las obligaciones de garantía, en las que el bien gravado va cambiando de propietario y al momento de la ejecución de la garantía el deudor ya no es el dueño del bien, sino lo es un nuevo propietario. Este último caso lo analizaremos luego de modo más minucioso.

b. Vínculo jurídico

Siguiendo el pensamiento de Wayar[89], afirmamos que es indudable que en virtud de la obligación entre el acreedor y el deudor se establece un «vínculo jurídico» o «relación jurídica». Esta condición, desde Justiniano, se mantiene inalterable.

89 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 112 y ss.

Pero, se pregunta Wayar, ¿cuál es la naturaleza de este vínculo?; ¿es un elemento esencial de la obligación?

Alguien ha afirmado que no es elemento esencial porque se trata de un factor común a todo derecho subjetivo. Para llegar a este resultado se razona en la forma siguiente: el vínculo está presente en toda obligación jurídica y, por ende, también en la obligación, pero como carece de rasgos peculiares, no se justifica considerarlo elemento típico de esta última.

Tal razonamiento, a decir de Wayar, es doblemente errado, por las siguientes consideraciones.

El hecho de que el vínculo esté presente en toda relación jurídica no basta para negarle el carácter de elemento típico de la obligación, pues con idéntico criterio los sujetos y el objeto, que también integran toda relación jurídica, podrían correr igual suerte. Por ese camino, la obligación quedaría despojada de elementos propios hasta desaparecer como especie, para diluirse en el género «relación jurídica».

Al contrario, es precisamente el vínculo jurídico (el *iuris vinculum* de la definición de *Las Instituciones*), el elemento que revela el carácter personal de la relación crédito-deuda y que explica por qué el acreedor tiene el derecho de exigir y el deudor el deber de cumplir.

El vínculo es un elemento inmaterial, es decir, puramente jurídico, en el sentido de que por medio de la norma jurídica se establece un «nexo» entre el acreedor y el deudor, ubicándolos como polos opuestos en una misma relación jurídica. Esta relación se caracteriza y distingue de otras por las particularidades de ese «enlace» que llamamos *vínculo*.

Nosotros debemos agregar que es justamente debido a este «vínculo jurídico» que la obligación tiene el carácter de exigible. En caso contrario, si una obligación no es exigible, nos encontraremos ante deberes jurídicos o morales, pero no propiamente ante una obligación.

No cabe, pues, relación obligacional en que acreedor y deudor sean entes separados. Ellos, necesariamente, tienen que estar atados por un vínculo jurídico y, por lo tanto, éste constituye elemento esencial de toda obligación.

De Ruggiero y Maroi[90] sostienen sobre este particular que toda la esencia de la obligación se centra en el concepto de vínculo, esto es, en un vínculo abstracto que liga a la persona del deudor con la del acreedor: es una ligazón que limita la libertad individual del deudor y concede al acreedor una pretensión contra el obligado en virtud de la cual éste queda constreñido a realizar una determinada actividad (positiva o negativa), y aquél puede, en caso de que no se realice, satis-

90 De Ruggiero, Roberto y Fulvio Maroi. *Instituzioni di Diritto Privato*. Reelaborada según el nuevo Código. Milán-Mesina: Editrice Giuseppe Principato, 1947, volumen II, pp. 1 y ss.

facerse a costa del patrimonio del otro. Empero, ¿qué es lo que propiamente se debe entender por «vínculo»? La esencia de la relación es aquella que considera el vínculo como dirigido a un determinado acto del deudor. Dentro de la limitada esfera a la cual se refiere el acto, la voluntad del deudor ya no es libre, pues pertenece, ahora, al acreedor. Ello no significa, sin embargo, que la voluntad misma sea el objeto de la relación, porque en atributo a la libertad individual ésta jamás puede ser objeto de coerción. Por más amplio que fuera el contenido de la prestación jamás es concebible una sujeción perpetua de la entera actividad de una persona. Hay actos específicos, del más variado contenido, que el deudor está obligado a realizar u omitir a favor del acreedor y que aportan a éste una ventaja, al tiempo que comportan una limitación: a ellos está dirigido el vínculo y con la prestación éste, normalmente, se disuelve.

De Ruggiero y Maroi agregan que estos dos elementos, la ventaja que el acreedor espera del vínculo y la limitación que sufre el deudor, constituyen la sustancia misma de la relación. Así se explica por qué no puede existir un vínculo obligatorio en el que el deudor no sufra también, en mínima parte, una limitación efectiva, como ocurre en los casos en que alguien se obliga a una prestación imposible o no sería. Y se explica también por qué una vez constituido el vínculo éste se disuelve y el deudor queda liberado, cuando otro, distinto de él, provea la prestación y satisfaga el interés del acreedor. Por otro lado, del concepto de limitación se deduce que ésta no se presenta sino cuando exista una causa de justificación, que en la duda se deba preferir la causa de la libertad y que quien alegue un interés crediticio deba aportar la prueba de su existencia.

c. Objeto de la obligación

Algunos tratadistas distinguen entre el «objeto» de la obligación, como las cosas o los servicios, y la «prestación», como la conducta del deudor que proporciona aquellas cosas o servicios.

Otros autores identifican la «prestación» con el «contenido» de la relación obligatoria.

Algunos otros, en fin, distinguen entre el «objeto» y el «contenido de la obligación»; en tanto que el objeto sería «aquello (bien o utilidad) que le procura al acreedor la satisfacción de su interés», el contenido, que identifican a su turno con la prestación, sería «la conducta que debe desplegar el deudor para que el acreedor obtenga el objeto deseado». Desde esta óptica, constituirían elementos de la obligación tanto el «objeto» como el «contenido».

Nosotros seguimos en esta materia a Albaladejo[91], quien sostiene que la prestación es el contenido u objeto de la obligación y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado.

91 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Librería Bosch, 1997, tomo II, volumen II, p. 15.

Moisset de Espanés[92] indica que la esencia o sustancia de la obligación consiste en que el deudor está colocado en la necesidad de dar algo, de realizar un hecho o de ejecutar una prestación. Éste es el concepto perdurable, perenne, de obligación, cuyo objeto siempre es un hecho, una actividad positiva o negativa del deudor: la prestación.

La conducta a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor puede consistir en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

En efecto, la prestación en las obligaciones de dar está constituida por la actividad del deudor destinada a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material (pintar un cuadro y luego entregarlo al acreedor) o inmaterial (transportar a una persona de un lugar a otro); y en las obligaciones de no hacer, esto es, en las obligaciones negativas, por la simple abstención del deudor, quien cumple su obligación no haciendo.

El objeto de la obligación exige, a su turno, la concurrencia de cuatro elementos esenciales: posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad, y patrimonialidad. A continuación analizaremos estos conceptos.

i. Posibilidad del objeto

Según René Demogue[93], la obligación debe tener un objeto que, por muy material que sea, no sólo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor. Nosotros estamos en aptitud, en este caso, de sustituir la palabra *utilidad*, empleada por Demogue, por la palabra *posibilidad* para llegar al mismo fin.

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que «nadie puede estar obligado a lo imposible», recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, que señala en su inciso 2 que para la validez del acto jurídico se requiere un objeto física y jurídicamente posible.

La imposibilidad puede ser objetiva o absoluta, cuando es imposible para todos (por ejemplo, vender la Plaza Mayor de Lima); o subjetiva o relativa, al ser imposible sólo para un obligado en particular (por ejemplo, hacer correr a una persona lisiada de las piernas).

A su vez, la imposibilidad puede ser originaria o subsiguiente. Será originaria si dicha imposibilidad se da al momento en que nace la obligación, y subsiguiente si se produce una vez creada la relación obligacional. A efectos de este requisito sólo se considera imposible la originaria, pues en la subsiguiente la obligación ya nació con una prestación válida y, en todo caso, al no poder ejecutarse

92 Moisset de Espanés, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 87.

93 Demogue, René. *Op. cit.*, pp. 576 y ss.

dicha prestación, el deudor indemnizará a su acreedor por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el dolo o grado de culpa en que incurra, salvo que su cumplimiento sea imposible sin culpa del deudor.

También existe la imposibilidad de hecho o de derecho. Será de hecho cuando es la acción en sí, a la que se está obligando el deudor, la que resulta imposible (por ejemplo, conseguir para su venta caballos con alas). Es de derecho cuando, siendo físicamente posible, está prohibida por la ley (por ejemplo, vender un bien público como la Plaza San Martín de Lima); o cuando el medio empleado no es el previsto por la ley para obtener el fin deseado (por ejemplo, adoptar mediante un contrato). Los dos casos suponen una imposibilidad que impide el surgimiento de la obligación (artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3, del Código Civil).

Finalmente, la imposibilidad puede ser total o parcial según afecte a toda o a parte de la prestación. Si la imposibilidad es total, la obligación simplemente no nace; si es parcial, dependerá de la decisión del acreedor, ya que la prestación no puede ser cumplida parcialmente, según lo dispone el artículo 1221 del Código Civil.

ii. Licitud del objeto

Señala Manuel Albaladejo[94] que existen dos casos en que no es digna de protección la obtención del fin mediante una prestación jurídica obligatoria, a saber: 1) cuando el fin en sí es jurídicamente rechazable (por ejemplo, asesinar); 2) cuando no siendo rechazable el fin en sí, es ilícito quedar jurídicamente constreñido a satisfacerlo; se estima, por lo tanto, que en determinadas materias ha de haber libertad que no debe disminuirse o excluirse, obligándose el deudor a ciertas prestaciones (por ejemplo, cambiar de religión).

En nuestra opinión, el requisito de la licitud se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal, o una obligación consistente en ejecutar un secuestro o un asesinato. Este principio se encuentra regido genéricamente por el artículo v del Título Preliminar del Código Civil, que señala: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres». Además, el caso también está previsto por los artículos 140, inciso 3, y 219, inciso 4, del Código Civil.

iii. Determinación o determinabilidad del objeto

Así como los sujetos de la obligación deben ser determinados o determinables, la prestación también tiene que serlo. Si no fuera así, el acreedor podría exigir a

94 ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 21.

su deudor cualquier prestación y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, y más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma es posible sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo prevé el artículo 1545 del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, por aplicación de los principios de elección contenidos en el artículo 1143, segundo párrafo, del Código Civil).

iv. Patrimonialidad de la obligación

Ingresamos al polémico tema de la patrimonialidad de la obligación.

Las posiciones en esta materia son encontradas y, frecuentemente, se ofrecen con no poca dosis de aspereza. Para analizar el tema cabalmente vamos a referirnos, y en extenso, antes de dar nuestra propia opinión, a la forma como tratan el tema distinguidos comentaristas del Derecho de Obligaciones.

René Demogue[95] se pregunta si la obligación tiene necesariamente un contenido de valor económico.

Se dijo, expresa Demogue, que la prestación debía tener siempre un valor pecuniario. Unos vieron esta fórmula en términos absolutos; otros, en una forma atenuada, diciendo que la obligación con fin no económico debe ser el cumplimiento de una obligación natural, o admitiendo que el resultado no económico es, no obstante, de naturaleza monetariamente obtenida: como la promesa de un lugar en el teatro, de una lección de artes de adorno, etcétera.

Unos, como Giorgi o Crome, relacionan su opinión con el hecho de que la obligación es patrimonial. Pero, se pregunta Demogue, ¿se impone esto como una necesidad?

Recuerda que otros autores, como Kohler, se niegan a considerar el interés moral debido a la dificultad de sanción, pues el abono por daños y perjuicios no es una sanción conveniente. Pero, a pesar de la insuficiencia del abono por daños y perjuicios para satisfacer plenamente al deudor, ¿no sería mejor admitir este abono o aceptar otra sanción antes que dejar sin protección los intereses porque esto es útil?

95 Demogue, René. *Op. cit.*, pp. 8 y ss.

La imperfección de las sanciones no puede constituir una objeción a la protección de estos intereses. Dice Demogue que, como lo expresó muy bien Carboni, el Derecho reconoce la facultad de actuar ahí donde es posible, y como sea posible. El carácter incalculable del daño moral no puede suprimir la protección de la víctima. La prestación no será un equivalente, sino algo casi subrogado.

Polacco, quien niega que la obligación pueda tener un objeto de carácter no patrimonial, sostiene un sistema especial refiriéndose, por ejemplo, al derecho de la persona o de la familia. Él rechaza el carácter de obligación en la deuda alimentaria, en el deber de fidelidad entre esposos o en las obligaciones que atañen al Derecho Público. Éstas tendrían solamente una sanción patrimonial. Distinción muy sutil, por cierto.

Demogue concluye considerando que se debe establecer el límite de las obligaciones por su objeto, pero apreciando en cada caso las sanciones que implica un deber jurídico. La obligación alimentaria es una obligación propiamente dicha, pues importa las sanciones ordinarias. El deber de fidelidad no sería una obligación si sólo obtuviera como sanción la posibilidad del divorcio. Pero habiéndose admitido en la práctica que implica una sanción pecuniaria, es ciertamente una obligación.

Por su parte, Héctor Lafaille[96] señala que la obligación posee tres rasgos característicos:

(a) El primero, aunque con carácter relativo, finca en el valor patrimonial de la prestación, que se presenta como regla en los derechos creditorios y solamente en contados casos para los de la familia.

(b) La mayor influencia de los factores éticos y sociales que puede observarse respecto de los segundos, en que los deberes del padre hacia el hijo, de los cónyuges entre sí, etcétera, responden a motivos de aquella índole y no a los que corrientemente determinan las obligaciones en su sentido estricto.

(c) Como consecuencia, el incumplimiento de los primeros impone resarcir por los daños y perjuicios; al paso que los deberes conyugales cuando son transgredidos conducen al divorcio o a la separación de bienes, con efectos que inciden en el régimen de los gananciales y de las herencias.

Agrega Lafaille que con un razonamiento simplista algunos autores sostienen como un postulado el valor patrimonial de la prestación. Sin embargo, añade que la separación no se presentaba con tanta claridad, y que entre los supuestos típicamente patrimoniales y los que sin duda alguna afectan a las normas de buen vivir y a la ética, media una zona confusa que origina las dificultades.

Señala que cuando aún no se aplicaba en Alemania el Derecho romano a título de ley supletoria, Ihering, en uno de sus profundos estudios, demostró cómo la

96 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 19 y ss.

realidad jurídica se rebela contra estas barreras y es posible encontrar casos prácticos de obligaciones convencionales no apreciables inmediatamente en dinero.

Recuerda Lafaille que uno de esos ejemplos, que todos repiten, es el de aquel mozo de café que había estipulado con su patrón disponer de la tarde del domingo y que, ante el incumplimiento del principal, solicita ser indemnizado. Cualquier juez rigorista, ajustándose a los cánones legales, podría contestarle que la diversión y su pérdida no sería resarcible; antes bien, se determinaba un ahorro pecuniario al impedirle salir.

Otro supuesto que se presenta consiste en un contrato de arrendamiento en el cual se pactara el uso y goce del jardín contiguo, propiedad del mismo dueño; o el de un locatario nervioso que impusiera como cláusula la prohibición de hacer ruido.

Aquí, como en la especie precedente, según Lafaille, no aparece afectado el patrimonio del acreedor, pues si en la primera se trataba de un mero esparcimiento, en las dos últimas juegan consideraciones meramente estéticas o de salud.

Pero, añade Ihering, ni el ser humano obedece tan sólo a móviles pecuniarios, ni el Derecho Civil ampara exclusivamente el patrimonio, aunque sí, en general, la vida privada de los habitantes, que cuando se lesiona debe repararse.

Alfredo Colmo[97] dice que el asunto de la patrimonialidad parece surgir en todos aquellos casos en que se trate de obligaciones que emanen de actos jurídicos, sobre todo de contratos.

Añade, además, que en materia delictual y cuasidelictual el objeto de una obligación puede o no implicar de por sí valor patrimonial alguno, ya que la obligación legal de respetar la integridad corporal, el honor o la vida de una persona no es de contenido pecuniario, no obstante que la violación de ésta acarrea responsabilidad con la consiguiente indemnización, exactamente como en los supuestos de las obligaciones exclusivamente económicas.

Tal antinomia, agrega Colmo, es casi tradicional y resulta corriente en el Derecho Civil: la obligación extracontractual no requiere, a diferencia de la contractual, una prestación u objeto económico.

Si el Derecho Civil, afirma Colmo, se limitara a reglar la vida económica, la actividad de los negocios y la faz de los intereses pecuniarios de la colectividad, no resultaría posible dudar acerca de la necesidad de que la prestación obligatoria de una convención entrañe valor patrimonial. Si, por el contrario, el Código Civil no es un Código de «Derecho Privado económico» sino un Código de la entera vida civil (económica, social, cultural, etcétera), entonces la solución adversa debe ser admitida.

97 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 23 y ss.

Según Colmo, esta segunda solución, sin duda, es la más aceptable. La vida no es una suma de relaciones económicas. Bien lejos está de ello.

Precisa que la prestación que se llama económica (una cosa, un bien) entraña factores políticos y hasta morales, como son, por ejemplo, la circulación de valores, el respeto de la palabra empeñada, la tranquilidad social, etcétera.

Indica que en la prestación que se llama no económica (la educación de un niño, el honor de una persona, etcétera), hay valores económicos evidentes, como son los que dependen de la capacidad intelectual y productora de ese niño, de la reputación manchada, etcétera.

Colmo concluye afirmando que la doctrina del valor patrimonial de la prestación es simplemente insostenible. Se funda en una circunstancia general (ordinariamente la prestación reviste ese valor), que se requiere convertir en absoluta (debe siempre tener valor económico), con grave olvido de la circunstancia de que en lo progresivo del tiempo y la cultura los valores morales se van afirmando más y más y se convierten en exigibles.

Luis de Gásperi[98] cita a Colmo con la tesis que antes hemos desarrollado.

Sin embargo, según De Gásperi, técnicamente no es posible dar el nombre de «obligación» al deber de respetar la integridad orgánica de las personas. No siendo una relación jurídica cierta, establecida entre sujetos determinados, mal se puede hablar de su contenido, que sólo está en potencia.

La obligación de indemnizar a cargo del autor de un hecho ilícito del Derecho Civil o del Derecho Criminal, añade De Gásperi, nace, sin duda, de la violación del precepto legal, pero éste supone la comisión del hecho. Cuando el hecho ilícito se produce, ella queda constituida. La sentencia no crea la obligación sino que la reconoce. Su contenido es eminentemente económico y, como tal, se incorpora a la circulación de los bienes. Tiene valor de cambio. Puede pasar de una economía a otra. Entre esta obligación y aquel deber hay, sin duda, una relación inmediata, que es la que surge entre el aspecto económico y el aspecto ético del problema social de la justicia.

Luego, De Gásperi cita a Windscheid y a Ihering, quienes estuvieron entre los primeros en negar la pretendida necesidad de valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, principio que se atribuye a Gayo.

La verdad, según De Gásperi, es que Ihering no desvirtúa la regla según la cual el único procedimiento admitido por el Derecho de Obligaciones para proteger y sancionar aun los intereses no pecuniarios consiste en valuarlos o apreciarlos

98 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino.* Buenos Aires: Depalma, 1945-1946, tomo I, pp. 57 y ss.

en dinero. El estudio de Ihering sólo prueba que hay pretensiones convencionales, aunque no aparentemente remuneradas.

De Gásperi cita nuevamente a Ihering expresando que el «[...] error nefasto que ella (la teoría del valor patrimonial de la prestación obligatoria) comete al aplicar su punto de vista, consiste en que lo restringe, por decirlo abreviadamente, a la producción patrimonial y pierde de vista el consumo patrimonial».

Añade De Gásperi que no debemos atribuir a la teoría del valor patrimonial de las prestaciones las consecuencias a que su aplicación conduce, sino a la concepción del patrimonio según la cual éste comprende sólo los derechos de crédito y los derechos reales, y excluye los derechos de familia y la potestad inherente a la autoridad natural o legal de que una persona se halla investida respecto de otra.

De Gásperi concluye afirmando que si el consenso universal de los tratadistas y de las obligaciones positivas admitiera como contenido activo del patrimonio no sólo los derechos y las obligaciones apreciables en dinero, sino también los bienes que, según la expresión de Ihering, son «ideales», como el placer, la salud, la comodidad, etcétera, ya que según él el fin del Derecho consiste «[...] en asegurar las condiciones de vida de la sociedad, por el poder coactivo del Estado», el problema quedaría satisfactoriamente resuelto con su tesis.

Pero si algo hay doctrinariamente admisible en esta materia, es precisamente la ampliación de la «soberanía privada» por la incorporación al concepto de patrimonio de otros derechos además de los ya señalados y que de él vienen haciendo parte desde la época de Justiniano. Sólo que este punto es de los más espinosos del Derecho Civil, por la imposibilidad de un acuerdo siquiera teórico de los juristas a ese respecto.

Según Raymundo M. Salvat[99], se ha discutido si las obligaciones deben tener por objeto exclusivamente prestaciones de carácter económico o no. Es indudable, añade, que en materia de obligaciones derivadas de los contratos la idea fundamental del Código Civil ha sido que la prestación debe ser susceptible de una apreciación pecuniaria. En las mismas obligaciones derivadas de los hechos ilícitos, la reparación del daño causado por ellos, sea material o moral, se resuelve en una indemnización pecuniaria que fijará el juez.

Sin embargo, agrega, en muchos casos las obligaciones tienen por objeto la protección de intereses puramente morales y, en consecuencia, se encuentran también obligaciones de contenido puramente moral, como por ejemplo todas las relativas a los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones personales de los esposos, de los padres con los hijos o de los tutores con los pupilos.

Es indudable, por otra parte, afirma Salvat, que el Derecho nos ofrece muchas veces casos de obligaciones que responden a intereses puramente morales o afectivos

99 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 28 y ss.

y que, sin embargo, traduciéndose a aspectos económicos, son materia de protección legal: así, la persona que alquila un palco en un teatro por toda una temporada o la que contrata con un profesor célebre un curso de lecciones tienen en vista, seguramente, proporcionarse los placeres del arte o la ilustración de la ciencia, pero existe al mismo tiempo el valor económico de la representación o de las lecciones, y esto puede dar lugar, en ciertos casos al menos, a sanciones de carácter pecuniario.

Partiendo de esas ideas, Salvat cree que no puede admitirse como un principio absoluto que una obligación deba tener por objeto, siempre y exclusivamente, prestaciones de carácter económico.

El notorio predominio del valor patrimonial de la prestación, señala Salvat, está dado por las circunstancias de que la obligación origina créditos y que los derechos creditorios integran el patrimonio. Pero ello no significa que no exista obligación jurídica o que carezca de objeto la obligación cuyo objeto no reporte al acreedor ventajas apreciables en dinero.

Añade Salvat que el Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social si se considera impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales, por la sola circunstancia de no tener expresión monetaria.

Los Códigos modernos, finaliza Salvat, destacan ya, en forma expresa, que no es esencial el valor patrimonial para que exista prestación válida.

Por su parte, Luis María Rezzónico[100], citando a Lafaille, expresa que entre las obligaciones emergentes del Derecho de Familia y las que constituyen el Derecho de Obligaciones o derechos creditorios propiamente dichos median diferencias fundamentales.

Los derechos personales en las relaciones de familia, sólo por excepción (por ejemplo, en el caso del derecho de alimentos que tienen entre sí ciertos parientes), se traducen en prestaciones apreciables en dinero, mientras por regla general los derechos creditorios se traducen en prestaciones de esa naturaleza, económica, patrimonial.

Los derechos personales en las relaciones de familia están fundados sobre todo en razones éticas y sociales (así, los deberes de fidelidad, de ayuda mutua, de convivencia, de protección entre los cónyuges, padres e hijos, tutores, curadores y pupilos, etcétera); este factor tiene menos importancia en las obligaciones comunes.

Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones comunes se traducen generalmente en una indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios; el incumplimiento de los deberes personales y emergentes de las relaciones de familia

100 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, pp. 31 y ss.

se sancionan de otra manera: con el divorcio, la pérdida de la patria potestad, de la tutela, del derecho hereditario (indignidad, desheredación, etcétera).

Concluye Rezzónico afirmando que, como lo hace notar el mismo Lafaille, hay autores como Demogue, cuya opinión es que no existe ya diferencia radical entre los derechos creditorios y los derechos de familia precisamente desde que se reconoce la teoría del valor extrapatrimonial de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones.

Antonio de la Vega Vélez[101] indica que el concepto exclusivamente patrimonial de la obligación peca por exagerado. Agrega que es indudable que las prestaciones, de ordinario, tienen un valor económico. Pero el vínculo jurídico, elemento integrante de la obligación, sigue siendo una relación de persona a persona, de acreedor a deudor, individualmente considerado, para fines que no son forzosamente de índole pecuniaria. Y es asimismo indudable que determinadas prestaciones consisten en actos de naturaleza personal en que la identidad y aptitudes de los sujetos no son indiferentes, sino preponderantes. A esta clase de obligaciones pertenecen aquéllas cuyo nacimiento depende de una consideración personal.

Las relaciones que el Derecho Civil reglamenta, prosigue De la Vega, ofrecen distintas modalidades. Los derechos y deberes que ligan a los ciudadanos a causa de sus necesidades privadas pueden originarse por razón de parentesco, por el hecho de la muerte de una persona y por motivos generalmente económicos, como la adquisición y el intercambio de bienes y servicios. De esta suerte se producen situaciones típicas que obedecen a normas peculiares. Los vínculos de parentesco son gobernados por el llamado Derecho de Familia; los que emergen del hecho de la muerte de una persona, obedecen a las reglas que constituyen el Derecho de Sucesión *mortis causa*; y los que se derivan de intereses que casi siempre tienen cariz pecuniario constituyen los derechos llamados patrimoniales, cuyo conjunto es considerado por algunos autores como rama independiente del Derecho Privado, bajo el nombre de «Derecho Privado económico».

Para De la Vega, las obligaciones familiares, comparadas con las relaciones obligatorias patrimoniales, tienen diferentes características, a saber:

a) Las obligaciones del Derecho de Familia se desprenden de facultades típicas que se ejercen de persona a persona, como la patria potestad y la autoridad marital, y se basan en deberes morales elevados por la ley a la categoría de preceptos jurídicos. Agrega De la Vega que a veces en las relaciones entre parientes se crean obligaciones de contenido económico que envuelven modalidades análogas a las del derecho de crédito. Tal es el caso de la obligación legal de pagar una pensión alimenticia que existe entre determinadas personas unidas por vínculos familiares. A estas obligaciones intermedias, por su dualidad de caracteres, Sánchez Román las llama *ético-jurídicas*.

101 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 10 y ss.

b) Las obligaciones del Derecho de Familia, a diferencia de los créditos, no se dirigen únicamente a obtener la satisfacción de un interés determinado del acreedor, sino a imponer y observar una conducta personal y directa del obligado, de modo que no se concibe que tales prestaciones puedan ejecutarse por un tercero en lugar del sujeto pasivo de la relación familiar.

c) Las obligaciones del Derecho de Familia, por lo general, son a la vez derechos y deberes; a la par que confieren una facultad, imponen una sujeción. En la obligación propiamente dicha, el papel que corresponde desempeñar al acreedor y al deudor está completamente delimitado. Al sujeto activo toca exigir la prestación debida; al sujeto pasivo, ejecutarla.

De la Vega concluye expresando que en el Derecho de Sucesión *mortis causa* dominan relaciones de naturaleza peculiarísima, que se deducen todas del hecho de la muerte de la persona. Las relaciones que establece el derecho de crédito, aunque sufren su influencia, no dependen de ese evento jurídico y existen, se modifican, transmiten y extinguen con independencia de él.

La doctrina italiana de fines del siglo XX[102], en lo que respecta a la determinación, en concreto, del carácter patrimonial de la prestación, señala que su jurisprudencia ha seguido sustancialmente un apunte que se lee en la *Relazione al Re*, donde está escrito que la posibilidad de valorización económica se presenta no sólo si la prestación tiene un valor patrimonial intrínseco, sino también cuando lo recibe de la naturaleza de la contraprestación, o de la valorización efectuada por las partes, como en el caso en que se acuerda una cláusula penal. De aquí la necesidad de evaluar el carácter pecuniario de la prestación considerando la relación en su conjunto. En el tradicional dilema entre una solución en el sentido de una valorización objetiva del carácter patrimonial de la prestación (que debe, en otras palabras, y según la elegante definición de Richeri, *ex común hominum sensu recipere aestimationem*) o de una valorización subjetiva de ella (apreciación de las partes en el acto), la jurisprudencia italiana ha tomado partido por esta última tendencia.

Piénsese, por ejemplo, en una prestación de «compañía», como se dice, en un acuerdo como éste: «Ven conmigo a presenciar el partido, que te pago un helado»; a pesar de la contraprestación, que es, ciertamente, *apreciable a prix dárgent*, no tiene carácter económico. En cambio, el caso de una señorita que se compromete a ir a residir con una amiga que vive sola, es —o mejor dicho, «puede ser en concreto»— muy distinto, porque aquí la compañía evita al hospedante soluciones distintas de su propia soledad; por lo tanto, asume el carácter de «bien suplementario», sucedáneo de otras soluciones, de las cuales toma, en consecuencia,

102 Cannata, Carlo Augusto. «Le obligazioni in generale». En *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno. *Obbligazioni e contratti*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1999, volumen 9, pp. 5 y ss.

características económicas como cambiar de casa para establecerse en un lugar menos aislado, instalar sistemas de alarma o de seguridad, contratar a una empleada. Todos estos hechos, que son gastos o compromisos, inciden directamente en la esfera patrimonial, aunque es difícil evaluar cuánto inciden y establecer cuál sea el bien concretamente sustituido por la «compañía», y cuánto, por consiguiente, vale ésta en realidad. Es más, respecto de la solución consistente en contratar a una empleada, la «compañía» resultará por lo general, y económicamente, una pérdida, pero ello no le quita su carácter económico.

Definitivamente es la patrimonialidad, como antes lo expresamos, el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si éste debe ser considerado como exigencia esencial.

En la legislación peruana la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero, a partir de una interpretación sistemática, en especial de la parte relativa a los contratos —la fuente más importante de las obligaciones—, concluimos en que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación.

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Siendo el contrato una fuente de las obligaciones, él crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial. Esto se corrobora cuando el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Consecuentemente, si es éste el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial.

El problema de fondo, sin embargo, está en determinar qué se entiende por patrimonialidad. Pasaremos, por ello, a resumir las principales concepciones expuestas, dentro de las innumerables que existen.

Una corriente de pensamiento sostiene que la patrimonialidad se caracteriza porque la prestación es valuable en dinero. Se argumenta que cualquier conducta o comportamiento que tenga un valor monetario es patrimonial. Consideramos, sin embargo, que esta concepción no satisface plenamente la función de la patrimonialidad, ya que bastaría que a una conducta típicamente no patrimonial, como por ejemplo una adopción, se agregara un factor monetario, en el ejemplo citado el pago de US$ 10,000.00 a cambio de ser adoptado, para convertirla en una relación patrimonial. De esta forma, la función de la patrimonialidad, que justamente consiste en distinguir las conductas no patrimoniales de las patrimoniales, sería fácilmente burlada.

Una segunda teoría plantea que la patrimonialidad se define por la contraprestación que se da a cambio de la conducta realizada. Es una teoría en principio acertada, pero no explica todos los casos, como por ejemplo la donación, en

la que no hay contraprestación y, sin embargo, se aplican las reglas de las relaciones patrimoniales.

En opinión nuestra, las obligaciones civiles tienen necesariamente contenido patrimonial. Por eso, en los ejemplos propuestos por Ihering debe admitirse su significación patrimonial por razón de la contraprestación, o de las consecuencias económicas que su inejecución origine, o de las conductas a través de las cuales se va a satisfacer un interés. Así, el mozo de café al que su patrón le impidió disponer de la tarde del domingo, la negativa a que el acreedor disfrute del jardín contiguo o violar la cláusula contractual que prohíbe hacer ruido, además de la eventual contraprestación económica sufragada por el acreedor, podría irrogar daños y perjuicios para el acreedor de tales prestaciones, e inclusive, en su caso, el pago de una cláusula penal. Se trata, en suma, de conductas que sí tienen contenido patrimonial.

El carácter patrimonial de una relación jurídica debe considerarse analizándola en su totalidad, relacionando las dos prestaciones, sin que sea indispensable que ellas sean valorables en dinero, pues puede existir un ingrediente distinto de la patrimonialidad, que constituiría su correctivo.

En conclusión, y como regla general, la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, por una contraprestación, por un correctivo o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específico, encarnado por los tribunales de justicia, el que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación.

Los deberes, reiteramos, trátese de deberes jurídicos con contenido patrimonial o sin él, de deberes morales o de deberes generales, tienen naturaleza distinta. Ellos pueden o no originar consecuencias patrimoniales, según hemos visto, por su inejecución, pero no constituyen obligaciones civiles.

Tal vez la confusión surge porque existen deberes que la ley impone —deberes que podríamos denominar con «rango de ley»—, pero que, sin embargo, no dejan de ser meros deberes, que pueden, ocasionalmente, convertirse en obligaciones civiles con contenido patrimonial.

d. Causa de la obligación

Eduardo B. Busso[103] adopta la doctrina que admite dos causas como fuentes de la obligación: la ley y los actos jurídicos.

103 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 76 y ss.

Sostiene Busso que los hechos jurídicos y otros elementos que figuren como antecedentes de la obligación no pueden constituir «causa», porque la obligación no ha surgido de su virtualidad jurídica.

Quedan comprendidas en el grupo de las obligaciones legales, según Busso, las nacidas de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos y enriquecimiento sin causa. También las obligaciones impuestas directamente por la ley en virtud de un presupuesto cualquiera: alimentos, vecindad, etcétera.

Agrega que la unificación de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos, etcétera, en el grupo de las obligaciones legales, es sólo a efectos de clasificar las fuentes de las obligaciones y no impide reconocer las modalidades que son características y peculiares a cada uno de estos tipos. La obligación delictual origina así una indemnización que se debe integrar en forma distinta a la que corresponda cuando se trate de cuasidelitos. Pero estas especificaciones no impiden agruparlas a todas ellas cuando se trata de referirse a su fuente, origen o causa. La clasificación de las fuentes no tiene por qué confundirse con la clasificación de las obligaciones.

Según Busso, la norma legal que consagra el principio de la autonomía de la voluntad es simplemente de orden permisivo, pero permitir no es crear, ni consentir es determinar. La ley no es fuente de las obligaciones convencionales que los particulares contraigan en el ejercicio de su libertad jurídica, porque ella no aporta ningún elemento activo a la integración de esas obligaciones. Es un antecedente remoto, indiferente al efectivo nacimiento de cualquier obligación concreta.

Sostiene, además, que la permisión de los contratos no importa, por otra parte, una concesión graciosa de la ley civil positiva. La libertad de contratar queda incluida en las libertades fundamentales que garantiza la Constitución nacional. Si se sostiene que la ley civil es fuente de las obligaciones convencionales porque ella las permite, lo mismo habría que decir de la ley constitucional, porque las garantiza.

Recuerda el citado profesor argentino que se dice también que la ley es fuente de las obligaciones porque a todas les confiere la acción que asegura el carácter coercitivo necesario para que existan obligaciones propiamente dichas. Anota que a esta opinión puede replicarse que no debe confundirse la acción con la obligación: la primera se refiere a la efectividad del vínculo, pero no a su existencia.

Finalmente, dice Busso, los principios generales del Derecho no constituyen una nueva fuente de obligaciones, sino una aplicación de la voluntad legal a la creación de obligaciones en forma mediata y a través de la intervención del juez, obrando en la interpretación de principios no escritos en la ley positiva.

Domat, citado por Busso, se refería a la causa de las obligaciones diciendo que «La obligación que se forma en las convenciones a título oneroso, a favor de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de parte del otro; y la obligación sería nula si en realidad careciese de causa».

ESTUDIO MARIO CANTILO PUEYRR

Capitant, también citado por Busso, se refiere a la causa de las obligaciones. Es un error —dice— aludir exclusivamente a la causa de las obligaciones contractuales, o utilizar la expresión «causa de los contratos». La causa de un contrato, por sí sola, no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes.

Según Busso, debe señalarse, sin embargo, que la noción «causa del contrato» es de más amplio contenido. En una convención no deben disociarse causas distintas para cada una de las partes, sino referir la causa subjetiva a la producción del resultado objetivo del contrato considerado en su integridad, y así tendremos que en la venta, por ejemplo, la causa será la voluntad de realizar el intercambio de valores que la operación significa. El deseo del comprador de adquirir la cosa y el del vendedor de percibir el precio son dos bienes particulares buscados aisladamente, y deben ser absorbidos en uno más amplio que sea común a ambas partes: el de proceder al cambio. Tal es, en definitiva, la causa del contrato.

Esta concepción, dice Busso, cuantitativamente más amplia, es cualitativamente más profunda en cuanto a investigar la voluntad del agente. No bastará con decir que la obligación del vendedor tuvo por fin el deseo de obtener el precio, sino que habrá que preguntarse qué finalidad perseguía al desear la convención que le importaba el cambio de la cosa por el precio, y esto en definitiva significaría investigar las razones por las cuales quería el precio.

A decir de Busso, en cuanto a la causa fin, otros autores hacen una clasificación más amplia y distinguen tres fines fundamentales: *donare*, *solvere* y *credere*. Todo acto que determina una adquisición de bienes, o una transmisión de valores —dice Savigny—, debe corresponder necesariamente a una de esas tres finalidades. Toda estipulación, para tener plena eficacia y validez, debe ser concluida *donandi causa*, *solvendi causa* o *credendi causa*.

En realidad, el *donare*, *solvere* o *credere* son calificaciones abstractas o tipos de causas formales, vacías de contenido. En cada caso concreto esa mera forma de querer se llena de un contenido determinado y específico: el *donare* adquiere sentido en razón de determinados hechos, el *credere* se dirige a la obtención de una prestación especial y el *solvere* busca el pago de cierta deuda.

Esta clasificación, según Busso, es bastante completa, pues una clasificación general no puede, por lo demás, descender al detalle de los innumerables matices que puede tener la intención del otorgante de un acto jurídico.

Luis María Boffi Boggero[104] expresa que el contrato constituye, en materia de fuentes de las obligaciones, el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato crear obligaciones.

104 Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1979, tomo I, pp. 111 y ss.

Recuerda Boffi Boggero que se suele mencionar en el Derecho argentino como cuasicontrato la gestión de negocios, el empleo útil, etcétera. El cuasicontrato, según algunos, indica una semejanza muy marcada con el contrato. Pero éste entraña inexcusablemente un acuerdo de voluntades, mientras que el cuasicontrato carece por completo de ese acuerdo. Siendo especial y característico este último elemento, no parece que la distancia entre ambas figuras sea tan escasa que denote alguna aproximación. Por eso —señala Boffi Boggero—, algún jurista la ha llamado una figura híbrida y en virtud de ello tiende a ser sustituida por el «enriquecimiento indebido» o «sin causa».

El citado tratadista añade que las figuras cuasicontractuales que se han recordado son tan distintas de los contratos, que la terminología sólo puede denotar una similitud entre ellas y las contractuales. Ni asomo muestran, en efecto, del consentimiento, y éste es un elemento esencial del contrato. Los supuestos cuasicontractuales responden mejor al concepto del enriquecimiento sin causa.

Agrega Boffi Boggero que la sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, es decir, cuando no cabe contra ella recurso alguno, ha sido considerada tradicionalmente como declarativa de obligaciones. Pero para una corriente de opinión el juez no hace derecho, no da nacimiento a las obligaciones, se limita a declarar su existencia. Alguien ha pretendido que la sentencia de un juez era una nueva fuente de las obligaciones, supervivencia romana incompatible con nuestro Derecho positivo.

Según Boffi Boggero, muchos efectúan la clasificación bipartidariamente en fuentes contractuales y extracontractuales. Su fundamento se apoya en la formación de un grupo homogéneo, que es el contractual, y de varias figuras claramente heterogéneas entre sí, entre las cuales hay algunas más semejantes al contrato que a las fuentes derivadas de los hechos lícitos. Tal acontece con la declaración unilateral de voluntad, la cual, siendo acto lícito, está más cerca del contrato que del delito o del cuasidelito, ya que une más el signo común de licitud que el, también común, de carencia de consentimiento.

Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[105] afirman, en un extenso discurso, que se suele agregar como fuente autónoma de las obligaciones al «abuso del derecho» en aquellas teorías que no exigen para la configuración de éste la concurrencia de los elementos propios de los actos ilícitos, y en especial de la intención de dañar.

Agregan que si el abuso del derecho existe por el solo ejercicio de un derecho contrario al fin social que se tuvo en vista al instituirlo, y con prescindencia de toda imputabilidad, es obvio que si de dicho ejercicio abusivo se deriva un daño a tercero, la obligación de repararlo no encontraría ubicación adecuada

105 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 533 y ss.

en ninguna de las fuentes tradicionales: la fuente sería entonces propiamente «el abuso del derecho».

Nosotros debemos añadir que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del denominado *abuso del derecho*, sobre la que no se ponen de acuerdo los autores, la fuente de la relación obligacional para resarcir tal abuso sería, sin duda alguna, la ley.

Según Cazeaux y Trigo Represas, la ley puede ser fuente mediata o inmediata de las relaciones obligacionales, aunque generalmente lo sea sólo en la primera forma, ya que siendo las obligaciones realidades que existen en el ordenamiento jurídico, es forzoso que sean consentidas por la norma que reglamente esas realidades. Pero en todos estos supuestos se trata propiamente de normas genéricas que regulan de manera mediata el nacimiento de las obligaciones, el cual recién operará cuando se produzcan los diversos hechos o circunstancias concretas, que dentro del marco permisivo señalado por la ley sirvan a las obligaciones de causa próxima e inmediata.

Pero acá nos interesa la ley como fuente inmediata o específica de obligaciones, o sea, cuando por su sola autoridad da nacimiento a una relación obligacional concreta, con acreedor, deudor y prestación debida, con independencia de todo acto voluntario o de comportamiento del sujeto.

Llambías[106] también expresa que es elemento esencial de la obligación su causa eficiente o fuente, esto es, el hecho que la ha originado. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí, independientemente de un hecho que la anteceda y que la haya producido.

Agrega Llambías, citando a Planiol, que éste considera sólo dos fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley.

En el contrato la voluntad de las partes forma la obligación y determina a la vez su objeto y extensión; el legislador no interviene más que para sancionar la obra de las partes, dándole una acción, y para controlar su actividad limitando la libertad de los contratantes por medio de prohibiciones y nulidades.

En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede provenir sino de la ley: si el deudor está obligado no es porque él lo haya querido, sino porque lo quiere el legislador. Así, pues, todas las obligaciones no convencionales tienen por fuente a la ley, son obligaciones legales.

Contra este parecer ha respondido Josserand expresando que no es dable equiparar el contrato a la ley, porque precisamente recibe de ésta su fuerza y virtualidad jurídica. Empero, cabe replicar que no se trata de equiparar sino de advertir que el contrato, como hecho originario de obligaciones, tiene una fuerza que la

106 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, pp. 40 y ss.

propia ley no puede dejar de reconocer. El análisis de Planiol es, en ese sentido, exacto, pero en opinión de Llambías ha quedado a mitad de camino, porque hay fuera del contrato otros hechos que entrañan una energía creadora de obligaciones que el Derecho no puede desconocer.

Ernesto Clemente Wayar[107], en fin, señala que según el artículo 499 del Código Civil argentino no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles. Ello permite, según Wayar, efectuar la siguiente enumeración:

(a) El contrato, que es el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas reglamentan el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones que les conciernen.

(b) El delito, que está comprendido dentro del género de los actos ilícitos y se caracteriza por el hecho de que se le ejecuta a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro.

(c) El cuasidelito, que es otra especie de acto ilícito que se caracteriza porque se le ejecuta sin intención, pero con culpa o negligencia.

(d) Hechos que provocan daños sin culpa del autor, que son los que engendran responsabilidad objetiva, pues en ellos no hay delito ni cuasidelito. Por ejemplo, la teoría del riesgo.

(e) La declaración unilateral de voluntad, como por ejemplo la oferta al público.

(f) El enriquecimiento sin causa.

(g) Los propios actos, lo cual significa que una persona queda obligada cuando sus actos han suscitado en otra una fundada confianza en la realización de determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de los actos anteriores.

(h) Otros actos reglamentados por la ley, pues dado que no es posible enumerar taxativamente todos los hechos-fuente, conviene dejar sentado que todo hecho al cual la ley reconozca fuerza vinculante debe ser tratado como hecho-fuente.

Agrega Wayar que existen otros supuestos controvertidos, como las relaciones contractuales de hecho, designando por tales a aquellas relaciones jurídicas en cuyo nacimiento no se observa con claridad un acuerdo de voluntades, no obstante lo cual da lugar a la formación de obligaciones contractuales.

Otra fuente controvertida, según Wayar, sería la equidad, esto es, la expresión del Derecho Natural que opera como fuente de ciertos vínculos obligatorios, por ejemplo, de las obligaciones naturales. Dice Wayar que esta afirmación deviene en incorrecta, pues la equidad no es la causa de la cual nace el vínculo, pero sí

107 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

es el fundamento que explica por qué cuando el deudor paga voluntariamente no puede repetir lo pagado.

Por nuestra parte, le otorgamos a la palabra «causa» tres acepciones. Dos de ellas corresponden a los elementos de las obligaciones y la otra a los contratos.

Nos referimos a la «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones», a la «causa legal» o «final», y a la «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico».

i. Causa eficiente o causa fuente de las obligaciones

Antiguamente, en el Derecho romano —y esta concepción es recogida por legislaciones modernas— se distinguían cinco fuentes de las obligaciones, esto es, los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

Los contratos eran los acuerdos de voluntad de dos o más personas para crear obligaciones. Los cuasicontratos eran aquellos actos que sin constituir acuerdos de voluntad, como en los contratos, generaban efectos similares a éstos. Los delitos se presentaban cuando una persona que actuaba dolosamente causaba un daño a otra. El cuasidelito se configuraba por la producción de un daño originado en el actuar negligente de una persona. La obligación también podía emanar de una disposición de la ley.

Esta clasificación, en nuestro concepto, no debe ser acogida por el Derecho moderno. Aquí seguimos casi en forma rigurosa a Planiol. Las únicas «causas eficientes» o «fuentes de las obligaciones» son la voluntad y la ley.

Son voluntarias aquéllas que tienen su origen en la manifestación de voluntad de una persona, pudiendo ser bilaterales (por ejemplo, los contratos en general) o unilaterales (como sería el caso de una disposición testamentaria, por citar un ejemplo ilustrativo). Son legales aquéllas que surgen de un mandato de la ley.

Deben descartarse, a nuestro juicio, las antiguas teorías romanas, acogidas por tratadistas modernos, que han dado origen a numerosos códigos que todavía efectúan enunciados obsoletos de las fuentes de las obligaciones.

ii. Causa legal o causa final de las obligaciones

Pero la causa de la obligación no se agota con la denominada *causa eficiente* o *causa fuente*. Existe también como elemento de la relación obligacional, y con la categoría de esencial, la denominada *causa legal* o *causa final*.

La causa responde, en esta acepción, a la pregunta ¿por qué se debe?; a diferencia del consentimiento, que responde a la interrogante ¿ha querido deber?; y al objeto, que responde a la pregunta ¿qué se debe?

Vamos a referirnos, en primer término, a la causa de la obligación vinculada al contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hemos visto que la causa de la obligación es un elemento distinto del consentimiento y del objeto. La causa, en este sentido, es la razón por la cual asume su obligación el contratante. Ella es siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos. Se diferencia, desde luego, de la causa del contrato, que es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo.

Donde más claramente se percibe la causa de la obligación es, sin duda, en los contratos con prestaciones recíprocas, porque ella explica la interdependencia existente, al tiempo de su formación, entre dichas obligaciones. Si en esta clase de contratos las obligaciones no pueden nacer la una sin la otra, es decir, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes está constituida, justamente, por la obligación asumida por la otra parte.

La causa de la obligación, en suma, existe; debe ser lícita, lo que usualmente ocurre por su carácter abstracto; y, finalmente, no debe ser falsa.

En consecuencia, se distingue claramente la causa legal o final, vale decir, el fin perseguido por las partes al contraer la obligación, de la fuente o causa eficiente —generada por la voluntad o por la ley— y de la causa del contrato, que obedece, según se ha expresado, a la razón que decide a cada parte a contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.

Por ello, no resultaría válido afirmar que la causa de la obligación no debe ser considerada elemento vital en la elaboración del acto jurídico, o que ella sea innecesaria, como parecería sugerirlo el hecho de que no se contemple en norma expresa por los Códigos alemán, suizo, austríaco y brasileño de 1916, entre otros. La causa es elemento esencial de la existencia de la obligación en el contrato. No cabe negarla. Es posible, legislativamente, prescindir de ella, como lo hace el Libro VI del Código Civil peruano de 1984; pero esto no significa, en modo alguno, no admitir su existencia.

En fin, en lo que respecta a la ley, la «causa legal» o «causa final» surge precisamente porque ella así lo ordena. Es el caso, por ejemplo, de la obligación que asume aquél que ha incurrido en responsabilidad extracontractual de indemnizar a la víctima. Y, en esta última, la causa de su acreencia ante el victimario también se origina en la propia norma legal.

Por consiguiente, la denominada «causa legal» o «causa final» constituye, conjuntamente con la denominada «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones», elemento esencial de la obligación.

iii. Causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico

La causa tiene una tercera acepción, pero que es ajena al Derecho de Obligaciones. Nos referimos a la causa del contrato, esto es, a la denominada *causa ocasional* o *motivo determinante del acto jurídico.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El motivo para la celebración de un acto jurídico es totalmente irrelevante, pues pertenece al fuero íntimo o personal de quien contrata. Desde esta óptica el «motivo del acto jurídico» no interesa, pues nadie puede penetrar en las razones que tiene una persona para concertar dicho acto jurídico, si éstas no se revelan.

Sin embargo, la razón por la cual puede adquirir singular interés, inclusive para anular el acto jurídico, es cuando ella se revela en forma expresa y, además, resulta ser falsa. Es lo que se denomina error en el motivo, que sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptada por la otra parte (artículo 205 del Código Civil peruano).

Si Pedro adquiere de Juan un terreno en la avenida Javier Prado, en la ciudad de Lima, destinado a construir un edificio de doce pisos, y no revela, al tiempo de concertar el acto jurídico, ese motivo, entonces sería indiferente que existiera previamente a la celebración del contrato una ordenanza municipal que prohibiera construir, en esa zona, edificios de más de cinco pisos. En este caso los motivos del comprador no se habrían expresado, pertenecerían a su fuero íntimo y serían irrelevantes al acto jurídico, pues al vendedor no le interesa, en definitiva, el destino que pueda otorgar el comprador al predio que adquiere. Puede comprarlo como inversión, para construir en él una playa de estacionamiento, para edificar una casa habitación o para construir en él un edificio. Estos motivos no interesan al Derecho.

Sin embargo, si el motivo se manifiesta expresamente en el acto jurídico como su razón determinante y es aceptado por la otra parte, entonces se está introduciendo en ese acto la denominada «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico», cuya falsedad originaría su anulación, porque afectaría el consentimiento, o sea, la voluntad de una de las partes.

Pero este desarrollo lo hemos efectuado para tratar de demostrar que existe una causa en el acto jurídico que sólo adquiere trascendencia cuando se revela en forma expresa y es aceptada por la otra parte, y que se trata de un concepto diferente a los elementos esenciales de la obligación, esto es, a la «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones» y a la «causa legal» o «causa final».

6. Clasificación de las obligaciones

a. Por su fuente

Ya nos hemos referido a este tema al tratar la teoría de la causa. Ésta, en su sentido de «causa eficiente», constituye la fuente de las obligaciones.

Aquí el Código Civil peruano de 1984, a diferencia del Código francés y siguiendo la técnica del Código Civil alemán, del Código Federal suizo de las Obligaciones, del Código Civil brasileño de 1916 y del propio Código Civil peruano del año 1936, no menciona cuáles son las fuentes de las obligaciones. Éste es un tema que deja librado a la doctrina y a los intérpretes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Consideramos que este criterio es acertado porque la obligación sólo puede emanar de la voluntad o de la ley. Nos parece artificial, y sin verdadero sustento jurídico, continuar haciendo referencia, por ejemplo, a los cuasicontratos o cuasidelitos.

La voluntad es fuente de la obligación cuando ella así se manifiesta. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la obligación del vendedor de transferir el bien emana de una manifestación de su voluntad y, a su turno, la obligación del comprador de pagar un precio también emana de esa manifestación. El contrato de donación surge porque el donante se obliga, voluntariamente, a transferir en forma gratuita al donatario la propiedad de un bien. En la promesa unilateral, el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. En los testamentos, quien otorga sus disposiciones de última voluntad lo debe hacer espontáneamente, pero las obligaciones que se generan después del fallecimiento del testador obedecen a dicha voluntad. Vemos pues cómo, en todos estos casos, es la voluntad la fuente de la obligación.

La otra fuente es la ley. Cuando una persona causa un daño a otra por dolo o por culpa, mediante la utilización de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y queda obligada a indemnizar, lo está porque así lo ordena la ley. Es al tiempo en que se origina el daño que el victimario queda obligado a resarcir a la víctima. Pero esta obligación no nace de la voluntad, obedece a un mandato legal. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando la ley ordena que se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos. En estos casos, con prescindencia de la voluntad, basta el hecho del matrimonio, de las relaciones de filiación o de las fraternas, para que exista la obligación legal de prestar alimentos. Aquí en nada influye la voluntad.

En muchos otros casos, desde luego, pueden presentarse simultáneamente como fuentes de las obligaciones la voluntad y la ley; por ejemplo, en las obligaciones que surgen de la medianería; es evidente que interviene la voluntad para construir una pared medianera, pero luego es la ley la que establece las obligaciones emergentes de dicha medianería. En este caso, los romanos aludían al cuasicontrato.

Siguiendo con el raciocinio, podríamos agregar que los propios contratos se celebran por acuerdo entre las partes, es decir, por voluntad de los contratantes, pero que muchas de las consecuencias jurídicas que emanan de esa relación obligacional están previstas por la ley.

No vale la pena, por ello, que en el Derecho moderno nos enfrasquemos en analizar las singularidades de cada acto jurídico o «hecho jurídico», pues toda obligación, necesariamente, emana de la voluntad o de la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Siguiendo con esta clase de obligaciones, Alterini, Ameal y López Cabana[108] las llaman *nominadas*, en el caso de las contractuales, e innominadas, en el caso de las obligaciones *ex lege*.

Llambías[109], entre la tradicional clasificación de las obligaciones que efectúa, menciona una que atiende a la causa de la obligación, y distingue entre obligaciones contractuales, extracontractuales y legales. Dice que las primeras derivan de los contratos; las segundas, de los hechos ilícitos; y las últimas, directamente de la ley. Cabría aquí preguntar a Llambías si las consecuencias de los hechos ilícitos no derivan también de la ley.

b. Por la naturaleza de la prestación

Aquí ingresamos a una clasificación tradicional. Las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

Las obligaciones de dar consisten en la entrega de un bien; las de hacer, en la ejecución de un hecho; y las de no hacer, en una abstención. Las dos primeras son llamadas positivas, pues consisten en una acción. Las de no hacer son denominadas negativas, y consisten en una omisión.

Dice Manuel Albaladejo[110] que las obligaciones se dividen en positivas y negativas, conforme a la prestación que ha de realizar el deudor consista en una acción o en una omisión, es decir, según esté obligado a obrar (en un sentido o en otro) o a abstenerse.

Como formas de obrar son el dar y hacer, las obligaciones positivas se subdividen en dar y hacer. Englobándose bajo el concepto de «no hacer», es decir, de una obligación negativa, existe una cuarta subcategoría que algunos, por simetría, añaden: las obligaciones de «no dar», pero que la doctrina mayoritaria no hace suya.

Retomando lo expresado, cabe formular algunas aclaraciones. En primer término, que en las obligaciones de dar también podría haber un hacer, que consistiría en la entrega del bien. Y que en las obligaciones de hacer puede existir un dar o un entregar. En efecto, ciertas obligaciones de hacer son inmateriales, se realizan con la ejecución de un hecho que consiste, simplemente, en la actividad del sujeto, pero que no se traduce, luego, en la entrega de un bien; por ejemplo, cuando una persona se obliga a transportar a otra, entonces la obligación queda cumplida al trasladarla hasta el lugar de su destino. Cuando un abogado se obliga a defender un juicio, de palabra, ante los tribunales, cumple la prestación después de rendido el informe oral. Pero hay casos en que las obligaciones de hacer se traducen en la

108 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 73.

109 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 8.

110 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 33 y ss.

entrega de un bien. Por ejemplo, si Pedro celebra con Juan un contrato destinado a que este último pinte un cuadro o esculpa una estatua, la obligación es de hacer porque lo que persigue el acreedor es la actividad del deudor a través de su industria, arte o cualidades personales. Pero esta obligación de hacer sólo será cumplida por el deudor cuando entregue esa obra de arte, sea el cuadro o la escultura, a su acreedor. Esto es, cuando Juan cumpla cabal e íntegramente la prestación.

Lo anterior explica por qué la ley faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. La ejecución forzada no tiene cabida en el cumplimiento de hechos inmateriales. Por ejemplo, si Pedro contrata a Juan, cantante de fama, para que actúe en un concierto y este último se rehúsa a hacerlo, entonces Pedro no podrá ejecutar forzadamente la obligación. Tendrá que conformarse, por ser una obligación *intuitu personae*, con exigir la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la obligación. Sin embargo, si el pintor o escultor antes mencionado cumple con pintar el cuadro o con esculpir la estatua pero rehúsa entregarla, entonces la obligación de hacer podrá ejecutarse forzadamente. Nos referimos, desde luego, a la etapa final de la obligación, pues nadie podría exigir forzadamente al artista pintar el cuadro o esculpir la estatua.

Las obligaciones de dar, a su turno, se clasifican en obligaciones de dar «bienes ciertos» y obligaciones de dar «bienes inciertos».

A su vez, las obligaciones de dar bienes inciertos se clasifican en la forma siguiente:

(a) Obligaciones de dar un bien incierto dentro del género o de la especie

Sería el caso, por ejemplo, de la obligación de entregar un caballo, la obligación de entregar un caballo de carrera, la obligación de entregar un caballo de carrera nacido en el Perú, o la obligación de entregar un caballo de carrera nacido en el Perú y que corre en el Hipódromo de Monterrico. En estos casos debe practicarse una elección, bien sea por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez, según las normas previstas en el Código Civil. Pero tratándose de una obligación de género o de especie, el deudor, antes de la individualización del bien, no podría eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Para ello tendría que perecer todo el género o toda la especie. Pero esto es muy improbable, prácticamente imposible. Ya los romanos decían en este sentido que el género nunca perece.

(b) Obligaciones de dar un bien incierto entre bienes determinados

Son las llamadas *obligaciones unum de certis*. En este caso, la elección se debe practicar entre bienes determinados o determinables. Por ello, si luego de contraída la obligación, y antes de la elección, todos perecen sin culpa del deudor, éste no es responsable. Sería el caso, por ejemplo, del deudor que se obliga a entregar uno de los caballos de su propiedad que corre en el

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA E.

Hipódromo de Monterrico. Pero ocurre que entre el día en que se contrae la obligación y el día en que debe practicarse la elección, una epidemia determina que todos los caballos perezcan. En este caso no habría qué elegir, pero indudablemente el deudor no tendría responsabilidad alguna.

(c) Obligaciones de dar bienes respecto de los cuales existen muchos y que son fungibles entre ellos

Sería el caso, por ejemplo, de obligarse a entregar cien cajas de cerveza marca «N», de una docena de botellas por caja y de setecientos cincuenta mililitros cada botella. Aquí el deudor, al azar, entrega cualesquiera cien cajas en la medida en que correspondan a la marca, cantidad y contenido que hubieren sido acordados. Hay, sin duda, una elección por el deudor. Pero la palabra «elección» se emplea en este caso en sentido vulgar y no jurídico, porque al acreedor le es indiferente que se trate de unas botellas o de otras en la medida en que reúnan las características previstas en el contrato y se encuentren en buen estado.

Caso diferente sería si el deudor, simplemente, asume la obligación de entregar cien cajas de cerveza. En este caso sí cabe una elección en el sentido jurídico de la palabra, porque hay distintas marcas de cerveza, diferentes calidades, diversa capacidad de contenido en cuanto a sus envases, etcétera.

(d) Obligaciones de dar sumas de dinero

Aquí hay incertidumbre respecto a la denominación y numeración de los billetes que el deudor deba entregar al acreedor. Tiene el deudor que practicar una «elección». Pero esta «elección» también se verifica en el sentido vulgar de la palabra, y no jurídico, pues al acreedor casi siempre le es indiferente la denominación de los billetes, y totalmente indiferente su numeración, en la medida en que no sean falsos.

c. Por la pluralidad de objetos

En este caso, las obligaciones se clasifican en conjuntivas, alternativas y facultativas.

Son conjuntivas aquellas obligaciones con pluralidad de prestaciones en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. Las obligaciones conjuntivas no presentan particularidad alguna: el deudor debe cumplir todas las prestaciones prometidas como si se tratase de obligaciones independientes y distintas. Por ejemplo, la obligación de dar el inmueble ubicado en tal lugar y el automóvil de tal modelo, con placa de rodaje y número de motor determinados.

Las obligaciones conjuntivas pueden versar, sin duda, sobre prestaciones de dar —bienes ciertos o inciertos—, de hacer o de no hacer, siendo la única condición que dichas prestaciones se encuentren vinculadas entre sí.

EDITORIAL IDEMSA CASTILLO FREYRE

La obligación es alternativa cuando existen diversas prestaciones, pero el deudor debe cumplir por completo solamente una de ellas. Se trata de obligaciones disjuntas, en las que se debe practicar una elección, bien por el deudor, bien por el acreedor, por un tercero o por el juez. En cuanto a su naturaleza, desde luego, estas prestaciones también pueden ser de dar —bien cierto o incierto—, de hacer o de no hacer.

La obligación, en fin, puede ser facultativa. En este caso, ella tiene por objeto una sola prestación, pero se otorga al deudor la facultad de sustituir, a efectos del pago, esa prestación por otra. La primera es la prestación principal; la segunda es la accesoria. La primera está *in obligatione*, mientras la segunda está *in facultate solutionis*. También en este caso ambas prestaciones pueden ser de dar —bien cierto o incierto—, de hacer o de no hacer.

d. Por la pluralidad de sujetos

En esta clasificación se ingresa al complejo tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, y mancomunadas y solidarias.

Cuando en la relación obligacional existe un solo deudor y un solo acreedor, la clasificación que antecede no se aplica. Es verdad que en este caso podemos determinar si la obligación es divisible o indivisible, pero ello en nada altera la naturaleza jurídica de la relación obligacional. En efecto, existiendo un solo deudor y un solo acreedor, el primero, y únicamente el primero, tendrá que cumplir el íntegro de la prestación con el acreedor. Es pues indiferente que la prestación sea divisible o indivisible. La única consecuencia —ajena desde luego a la doctrina de la divisibilidad e indivisibilidad— es que si la prestación es divisible, el deudor, si el acreedor así lo acepta, podrá cumplirla por partes. Si fuera indivisible, tendrá que cumplirla de una sola vez e íntegramente.

El problema surge cuando hay pluralidad de sujetos, sean pasivos o activos, esto es, cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores o, simultáneamente, en una misma relación obligacional, pluralidad de deudores y de acreedores.

En estos casos, inevitablemente, debemos ingresar a la aplicación de los preceptos legales sobre la divisibilidad e indivisibilidad, y sobre la mancomunidad y solidaridad.

En efecto, basta que en una relación obligatoria exista un acreedor y dos deudores, o dos acreedores y un deudor, o dos deudores y dos acreedores para que necesariamente nos ubiquemos en el campo de las obligaciones divisibles e indivisibles, y mancomunadas y solidarias.

En el primer caso tendremos que analizar si la prestación es divisible o indivisible y si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente. En el segundo caso también deberá definirse la naturaleza jurídica de la prestación, esto es, si ella es divisible o indivisible, y analizarse si los coacreedores se han

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligado mancomunada o solidariamente. Y en el tercer caso, al igual que en los anteriores, deberemos determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación, luego si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente, y si los coacreedores, a su turno, se han obligado mancomunada o solidariamente.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación responde a la naturaleza de la prestación. La mancomunidad o solidaridad, a la forma de obligarse.

Son obligaciones divisibles aquéllas en que cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Son indivisibles cuando no resultan susceptibles de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que la obligación fue considerada al constituirse.

Las obligaciones mancomunadas, por su parte, se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. Son solidarias, a su vez, cuando la prestación debida por varios deudores o a varios acreedores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos o por cualquiera de ellos.

En consecuencia, cuando hay pluralidad de sujetos en la relación obligacional, ésta, en cuanto a la naturaleza de la prestación, será de dar, de hacer o de no hacer, y podrá ser conjuntiva, alternativa o facultativa. Pero necesariamente será divisible y mancomunada, indivisible y mancomunada, divisible y solidaria, o indivisible y solidaria.

Si la obligación es divisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la divisibilidad. Si la obligación es divisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad. Si la obligación es indivisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la indivisibilidad. Y si la obligación es indivisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad y, adicionalmente, la norma que prevé que la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor. En esta última hipótesis, esto es, cuando la obligación es indivisible y solidaria, la solución antes prevista por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil regula en esa forma la concurrencia de ambas instituciones.

Sin embargo, en opinión nuestra, en el citado último caso deberían aplicarse los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201 del Código Civil.

De aquí se deduce fácilmente que la obligación más benigna para los codeudores es aquélla en que la prestación es divisible y ellos se han obligado mancomunadamente. Y que la obligación más severa para tales codeudores es cuando lo son de prestación indivisible y se han obligado solidariamente. En el primer caso, las garantías del acreedor pueden ser débiles. En el segundo, muy robustas.

ESTUDIO OSTERLING FREYRE

e. Por estar determinada o ser determinable la prestación

No debemos confundir esta clasificación con la de dar bienes inciertos. Es verdad que en los bienes inciertos la prestación es determinable, pero en esta clasificación no nos estamos refiriendo a esa acepción en tal sentido.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más frecuente, es que las partes decidan el objeto de la obligación al contraerla, esto es, desde su inicio. Aquí la prestación estaría inicialmente determinada. El segundo, sobre la base de elementos objetivos; por ejemplo, cuando se establece en función al mercado o al valor en bolsa. En este caso lo que se estaría estableciendo es la cuantía de la prestación. Y el tercero, cuando se deja la elección de la prestación a un tercero o, en su caso, al juez, como puede suceder en las obligaciones alternativas. En estas dos últimas hipótesis la prestación es determinable.

f. Por su independencia

En este caso las obligaciones se clasifican en principales y accesorias. Aquí compartimos el criterio de Guillermo A. Borda[111] cuando señala que la característica de principal o de accesoria de una obligación puede referirse a su objeto o a las personas obligadas. Indica Borda que a) son accesorias en cuanto a su objeto cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como sucede con las cláusulas penales; y b) son accesorias en cuanto a las personas obligadas cuando éstas las contrajeron como garantes o fiadores.

La obligación es principal, en cuanto a su objeto, cuando tiene existencia propia, no dependiente de otra relación obligacional. Por ejemplo, las obligaciones que surgen de un contrato de compraventa en que el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio. Son accesorias cuando su existencia depende de una obligación principal. Por ejemplo, el artículo 1345 del Código Civil dispone que la nulidad de la cláusula penal —cuyo carácter accesorio es evidente— no origina la de la obligación principal.

En cuanto a las personas obligadas, la obligación principal está constituida por la que tiene el deudor con su acreedor, y la accesoria, por ejemplo, sería la contraída por un fiador con el propósito de garantizar esa obligación. En caso de que la obligación principal fuera nula, ella acarrearía, como consecuencia inevitable, la nulidad de la accesoria. A su turno, si la accesoria fuera nula, esto es la fianza, la obligación principal subsistiría plenamente.

Luis de Gásperi[112], al tratar sobre las obligaciones principales y accesorias, se refiere a los «pactos adjuntos», que fueron concebidos en Roma para extender

111 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 8.ª edición. Buenos Aires: Perrot, 1986, tomo I, pp. 10 y ss.

112 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, pp. 357 y ss.

o restringir la voluntad de las partes, y los derechos y las obligaciones que libre y recíprocamente se habían conferido. Estos pactos extienden o amplían los derechos del acreedor, así como las obligaciones del deudor.

Los denominados *pacta adjecta*, por no ser sino cláusulas accidentales añadidas al contrato, no formaban parte de su contenido esencial. Incorporados en el momento de la celebración de los contratos de buena fe, devenían siempre en obligatorios y estaban protegidos por la acción del contrato principal.

La validez de estos pactos estaba subordinada a dos requisitos esenciales: ser jurídicamente posibles y no suspender o resolver la fuerza obligatoria del contrato.

Toullier, citado por De Gásperi, distingue las obligaciones según sean principales o primitivas, y secundarias o accesorias. Corresponderían a la primera de estas categorías las que constituyen el objeto principal del contrato. Por ejemplo, la obligación del vendedor, en el contrato de compraventa, de entregar la cosa y de transferir la propiedad. En el mismo contrato, obligación secundaria o accesoria sería la de pagar al vendedor perjuicios e intereses en el caso de no entregar la cosa vendida.

Según Raymundo M. Salvat[113], ordinariamente cada obligación tiene una existencia propia e independiente de cualquier otra, existe por sí misma en virtud de la causa o hecho que le ha dado nacimiento. Por excepción, nos encontramos algunas veces en presencia de obligaciones cuya existencia se relaciona íntimamente con la de otra, de tal manera que existe en razón de esta última; la obligación dotada de existencia propia se llama en tal caso *obligación principal*; la otra, *obligación accesoria.*

A decir del citado profesor, no es necesario, para resolver las cuestiones a que pueden dar lugar las obligaciones accesorias, que ellas sean legisladas, sino basta la aplicación de los principios generales sobre las cosas principales y accesorias.

g. Por ser puras o modales

Aquí las obligaciones se clasifican, de acuerdo con la manera como deben cumplirse, en puras o simples y en sujetas a modalidades.

Son puras las obligaciones contraídas para cumplirse en forma inmediata y usual. Son modales cuando ellas están sujetas a condición, que puede ser suspensiva o resolutoria, a plazo o a cargo.

Por su parte, Alterini, Ameal y López Cabana[114] clasifican las obligaciones, en cuanto a sus modalidades, en puras —esto es, cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, o sea, cuando la existencia de la obligación no esté

113 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 69.

114 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 179.

sujeta al acaecimiento de un hecho futuro e incierto—; a plazo, cuando la exigibilidad de la obligación está supeditada al acaecimiento de un hecho futuro y cierto; y con cargo o modo, cuando se impone una obligación accesoria y excepcional al adquirente de un derecho.

Advertimos, simplemente, que el Código Civil peruano de 1984 trata a las modalidades dentro del Libro de Acto Jurídico. El Código se refiere, por lo tanto, a las modalidades del acto jurídico. En esta materia, el Derecho de Obligaciones debe interpretarse a la luz de esas modalidades.

h. Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas

Hay obligaciones que se agotan de manera instantánea con el cumplimiento de una prestación; por ejemplo, si en un contrato de compraventa se pacta la entrega inmediata del bien y del precio, con el cumplimiento de estas dos prestaciones se extingue la relación obligatoria. Son duraderas cuando la relación obligacional discurre a través del tiempo; por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, el arrendatario está obligado a pagar, mes a mes, la renta o merced conductiva, la que sería una obligación de prestaciones periódicas. Si el deudor se obliga a entregar al acreedor una cantidad de cosas parcialmente, en distintos momentos, durante un lapso determinado, sería una obligación duradera.

A su vez, las obligaciones duraderas pueden ser de duración continuada; por ejemplo, la empresa de agua potable suministra permanentemente el líquido elemento a sus clientes, sin solución de continuidad, con la obligación de estos últimos de pagar periódicamente los recibos que correspondan.

Alterini, Ameal y López Cabana[115] clasifican a las obligaciones por el tiempo de cumplimiento de la prestación, en obligaciones de ejecución inmediata y de exigibilidad diferida. En este último caso, la obligación se encuentra postergada en cuanto a su exigibilidad por un plazo inicial pendiente, o en cuanto a su existencia, por una condición suspensiva también pendiente. En cambio, es inmediata cuando sus efectos no se encuentran postergados por alguna de dichas modalidades.

También por el tiempo de cumplimiento de la prestación, las clasifican en obligaciones de ejecución única, cuando el cumplimiento se efectiviza de una sola vez, en forma instantánea; y en obligaciones de ejecución permanente o de duración, cuando se prolongan en el tiempo. Estas últimas comprenden las de ejecución continuada y las periódicas o de «tracto sucesivo».

Michele Giorgianni[116] se refiere a una clasificación de las obligaciones que denomina *relaciones de obligación duradera.*

115 *Ibidem*, p. 183.

116 Giorgianni, Michele. *La obligación*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, pp. 41 y ss.

Precisa que en esta clase de obligaciones su desenvolvimiento no se agota en una sola prestación, sino que supone un periodo más o menos largo, por cuanto su contenido implica bien una conducta duradera o bien la realización de prestaciones periódicas. Pertenecen a este grupo, en su opinión, las relaciones de arrendamiento, el mutuo, el depósito, los contratos de suministro, etcétera. Considera que es decisivo para el carácter de la relación de obligación duradera que se haya pactado desde un principio la entrega de una cantidad total (por ejemplo, carbón para uso doméstico), que se entregará parcialmente en distintos momentos. En tal contrato carece el tiempo de influencia sobre el contenido y la extensión de la prestación, y no repercute sino sobre el modo de hacerla.

Una relación de obligación duradera, agrega, puede constituirse por un tiempo determinado, con cuyo transcurso se extingue; pero puede también terminarse mediante acuerdo posterior o por acto unilateral (de una de las partes), es decir, a través de su resolución.

i. Por el contenido de la prestación

En este caso se hace el distingo entre obligaciones patrimoniales y no patrimoniales. El tema ha sido analizado ampliamente al tratar sobre la patrimonialidad del objeto de la obligación.

j. Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias

Aquí adoptamos la interesante clasificación de Malaurie y Aynès[117], quienes afirman que cuando la obligación de naturaleza se incumple por dolo o por culpa del deudor, se transforma en una obligación monetaria. Esto no ocurre en el caso de las obligaciones monetarias, en las que no opera tal transformación y sólo procede su ejecución forzada.

Agregan que otra diferencia importante entre ambas clases de obligación está dada por su envilecimiento, cuando se trata de las llamadas «deudas de valor». Cuando la obligación es de naturaleza, es decir, cuando debe restituirse el valor de una prestación, éste se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, conforme a lo previsto por el artículo 1236 del Código Civil. En las obligaciones monetarias no ocurre lo mismo. El acreedor, salvo pacto valorista, no podrá exigir el pago de una deuda contraída en moneda nacional, en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado, según lo dispuesto por el artículo 1234 del mismo Código. En este caso es el acreedor el que soporta la devaluación de la moneda nacional, y el deudor el que deberá soportar su eventual revaluación.

117 Malaurie. Philippe y Laurent Aynès. *Cours de Droit Civil. Les Obligations*. 3.ª edición. Editions Cujas, 1992, p. 324.

k. Por ser obligaciones de medios o de resultado[118]

A pesar de nuestra opinión adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que eventualmente serían de medios y aquellas otras que eventualmente serían de resultados, este criterio clasificatorio ha calado profundamente en la doctrina de nuestra tradición jurídica, y en la actualidad, para analizar diversas responsabilidades específicas, existen no pocos juristas que continúan asumiendo su plena validez, la misma que no es novedosa, pero que tampoco constituye una de antigua data, pues su planteamiento recién se produjo en el año 1925, cuando el famoso profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, René Demogue, publicó el quinto y último tomo de su *Tratado de las Obligaciones en General*, cuyo primer tomo había aparecido en el año 1923.

Sin duda, las doctrinas del profesor citado revolucionaron en gran parte los conceptos sobre inejecución de obligaciones, no obstante que Demogue sólo se ocupó del tema que aquí tratamos entre las páginas 538 y 545 del quinto tomo de su *Tratado.*

Es probable que, dentro de los autores clásicos de derecho de obligaciones, la obra de Demogue no sea tan conocida en el Perú como la del italiano Giorgio Giorgi. Sin embargo, tal situación no obedece a que Demogue sea menos importante o famoso, o que su obra haya tenido menor repercusión que la del maestro italiano. Simplemente el *Tratado* de Demogue nunca fue traducido al español, mientras que el de Giorgi sí lo fue. Pero ambos se erigen, sin duda, entre las grandes autoridades en la materia de fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

¿Y en qué consistía la doctrina de Demogue?

El referido tratadista[119] anotaba que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultado o una obligación de medios.

Demogue se encargó de precisar que esta división no estaba ausente de analogía con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales. Estos últimos se caracterizan por el resultado, en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

118 El texto corresponde a la tercera edición. Estas ideas han sido elaboradas en conjunto con el maestro Felipe Osterling Parodi y fueron publicadas por primera vez en la revista *Derecho PUCP*, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 53. Lima, 2000, pp. 475-512. También han sido publicadas en la segunda edición de nuestro *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Rimay, 2020, pp. 120-173.

119 Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., 1923, tomo V, pp. 538-545.

Explicando la distinción en sede de obligaciones, Demogue plantea el ejemplo de una persona que se ha obligado a ejecutar un acto unilateral, en el cual ella se encargará de transportar un paquete o de construir un edificio.

Según Demogue, estos resultados son esperados. Expresa que constatados dos puntos, obligación e inejecución, hacen que el acreedor tenga todo a su favor para ganar el pleito, a menos que el deudor pruebe haber estado en la imposibilidad de ejecutar la obligación por caso fortuito o fuerza mayor.

Refiere Demogue que, en lugar de prometer un resultado, se puede estar obligado —por ley o convención— a tomar ciertas medidas que normalmente tienen por naturaleza conllevar a un resultado. De este modo un banquero, en lugar de tomar títulos en depósito o en custodia (obligación de resultado en cuanto a su conservación), entrega en alquiler una caja fuerte. Él se obliga, entonces, a adoptar las precauciones de uso para el ingreso dentro de la sala de cajas, y a la apertura de dicha caja.

Aquí plantea el supuesto que se produzca el robo de los títulos, caso en el cual el cliente perjudicado tendría que probar que el banco ha faltado a una de sus obligaciones: dejado que una persona abra la caja sin estar seguro de su identidad, pues el banco no le ha prometido un resultado, a saber, que el cliente encontrará sus títulos. Dicha institución le ha prometido vigilar el acceso a su caja fuerte. Si el banco ha dejado ingresar a un tercero hasta su caja, esa institución financiera entonces deberá probar que ahí ha habido caso fortuito o fuerza mayor. Los delincuentes pueden haber empleado amenazas, o el banco puede haberse equivocado sobre la identidad del visitante de la caja de seguridad.

Igualmente, el guardián que vigila una propiedad no promete que se la encontrará intacta, sino que tomará las precauciones de uso para tal efecto. El dueño tendría pues que probar que el guardián no la visitaba regularmente, que él no había hecho nada luego de haber constatado los primeros daños y que él los había mantenido ocultos.

Lo propio ocurriría en el caso del transporte. Según Demogue, el conductor sólo contrae una obligación de medios respecto al viajero en relación con el equipaje de mano que este último no ha hecho registrar. El viajero deberá, en caso de pérdida, probar la culpa del transportista.

De otro lado, Demogue cita el ejemplo del médico que no promete la curación, sino promete sus cuidados, y se pregunta si se pensaría en declarar responsable a todo médico cuyo paciente muera, salvo que el médico pruebe la existencia de fuerza mayor.

A decir de Demogue, también inquieta saber si en virtud de lo dispuesto por el artículo 1953 del Código Napoleón, el hospedante tiene respecto al huésped una obligación de resultado respecto al equipaje que este último ha traído.

Refiere el profesor francés que la distinción de las obligaciones de medios y de resultado explica las controversias que se han presentado a propósito de la responsabilidad del patrón por un accidente producido fuera de la ley del 9 de abril de 1898 y a propósito de los accidentes en el transporte de personas.

Expresa Demogue que siguiendo una teoría propuesta por Sainctelette, el patrón está obligado a la seguridad del obrero. Por consiguiente, este último tiene respecto al patrón un título concebido en términos generales. En una palabra, él es acreedor de un resultado. Respecto al patrón, si este resultado no se produce, deberá probar la existencia de fuerza mayor o la culpa del obrero.

Por el contrario —dice Demogue—, con base en la teoría que la sustenta, ello no sería así. El patrón está obligado a tomar todas las precauciones impuestas por los reglamentos o simplemente por la prudencia, lo que bastará por lo general para impedir la producción de accidentes. Pero el obrero herido debe probar que en tal caso se imponía una medida de prudencia y que ella no fue tomada.

Se puede decir que el patrón debe adoptar todas las medidas apropiadas para salvaguardar la salud y la vida del obrero. Esta no es más que una obligación de medios. La prueba, no obstante, recaerá sobre el patrón. Si ocurre un accidente, es muy probable que todas las medidas no hayan sido tomadas y que deba presumirse en los hechos que el patrón ha faltado a sus deberes. A este respecto Demogue recuerda la obra del profesor Permez, sobre responsabilidad, quien asigna responsabilidad al patrón si la naturaleza del accidente hace creer que él no ha empleado adecuadamente el bien de su propiedad (la explosión de una caldera), pero no en los otros casos (como sería aquel del obrero atrapado por un engranaje).

Según Demogue, la pregunta es la misma, pero recibió (en época reciente a la elaboración de su *Tratado*) una solución diferente a propósito de la responsabilidad de los conductores de automóviles en el transporte de personas, por haber estimado la jurisprudencia que el transportista tiene una obligación de resultado, consistente en «conducir al pasajero sano y salvo a su destino». En caso contrario, habría culpa del transportista en el cumplimiento de sus obligaciones e inejecución de la convención (contrato).

Según Demogue, no sería válido decir que el transportista promete tomar las medidas ordinarias para el transporte y observar las precauciones que imponen la prudencia o los reglamentos, de suerte que el pasajero debiese probar que tal regla debía ser observada y que no lo fue.

La pregunta sería la misma en el caso del contrato de remolque. ¿El patrón del remolcador promete el resultado, es decir la llegada a destino del navío remolcado, o promete sus cuidados para llevarlo a dicho destino?

Sobre la base de esos conceptos Demogue afirma que en los contratos se encuentran obligaciones de resultado y obligaciones de medios. Cita como ejemplos de obligaciones de resultado el del inquilino que promete dejar el inmueble

en buen estado, ocurriendo lo propio con el depositario, o con el comodatario respecto al objeto entregado. En sentido inverso, según el profesor francés, el mandatario o el representante prometen sobre todo ocuparse de los intereses de otro (intereses ajenos), trabajando con la prudencia deseable, lo que constituye una obligación de medios.

Fuera del campo de los contratos, para las obligaciones que imponen los reglamentos o la prudencia, uno estaría ante una obligación de medios. Así, señala que un chofer tiene el deber de ser prudente, no pudiéndose decir que su obligación es la de no herir a ninguna persona. Agrega que la responsabilidad por culpa fuera de los contratos tiene, pues, reglas de prueba que no se encuentran siempre con ocasión de los contratos.

Pero, según Demogue, la responsabilidad por culpa no es la única que existe. Anota que de una manera general él ha sostenido en su obra que se es responsable del riesgo creado, lo que quiere decir que se debe a otro el no perjudicarlo. Este es, pues, un resultado del cual se es responsable.

A decir de Demogue, más allá de esta cuestión discutida, hay casos (como los planteados por los artículos 1384 y siguientes del Código Napoleón) en los cuales se tiene la obligación de no causar daño a otro con la cosa de su propiedad, con el animal que le pertenece, etc.

Refiere el profesor francés que en todos los supuestos que él ha analizado, relativos a la responsabilidad por riesgo, responsabilidad del comitente, de los dependientes, de los hechos de los animales, de las cosas, de los edificios, hay implícita una obligación de resultado, ocurriendo lo mismo si la responsabilidad se deriva de una presunción de culpa. Se es deudor de un resultado: la ausencia de daño causado por el menor de edad, puede sólo liberarse de manera más fácil.

Para Demogue resulta de esto último que el sistema de la prueba es idéntico en las obligaciones contractuales y delictuales. Así, si la prueba a aportar no es la misma en todos los casos, esto tiene relación con el hecho de que difiere el contenido de la obligación. Agrega que en materia de obligaciones delictuales, sólo deben tomarse ciertas medidas, salvo que haya responsabilidad por riesgo o presunción de culpa. En materia contractual ello dependerá del objeto del contrato, de las reglas generales y de la voluntad de las partes.

De este modo se puede explicar que el inquilino sea jurídicamente responsable del incendio respecto del arrendador y no respecto del vecino. Ello, según Demogue, porque él ha prometido al primero un resultado (la restitución del inmueble), no debiendo al segundo sino las medidas impuestas por la prudencia.

Añade Demogue que el sistema de la prueba es, pues, el mismo en los delitos y en los contratos, porque el delito supone la violación de una obligación preexistente, al igual que la culpa contractual. A este respecto Demogue recomienda la consulta de un trabajo del profesor italiano Carnelutti, sobre la distinción entre la

culpa contractual y la culpa extracontratual, publicado en la *Revista de Derecho Comercial Italiana* en el año 1912.

Según Demogue, el delincuente no es tal si no estuviese obligado por el derecho objetivo, por una regla expresa o tácita de no hacer o de hacer tal cosa. Él debe haber sobrepasado el límite de su derecho, ocurriendo lo propio con el contratante; pero señala que, para cada uno, desde que existe esta circunstancia, se presume de hecho el elemento psicológico de que él podía conocer estar violando su derecho. Continúa expresando Demogue que, por lo tanto, en los contratos basta algunas veces con probar la obligación. Esto significa, entonces, que el deudor debe demostrar que él la ha ejecutado. Este sería el caso de una deuda de suma de dinero o el de una obligación consistente en la entrega de una cosa. En los otros casos, será necesario establecer la no ejecución, es decir probar que se ha contravenido determinada obligación, que tal resultado no fue cumplido.

Recuerda Demogue que Gabba ha llegado a una idea muy cercana a la suya, al decir que en todos los contratos que versen sobre los servicios de una persona experta, concernientes a la persona o a la cosa, no estamos en presencia de una obligación que se pueda denominar propiamente contractual. Este contrato da simplemente la posibilidad de emplear su libertad de una cierta manera, de suerte que si se hace mal uso de ella, se produce una falta aquiliana.

Esta última fórmula le parece menos exacta a Demogue. Sin embargo, considera que de la misma puede extraerse una idea útil. Señala que la persona que tiene una profesión liberal, es decir que tiene independencia en la ejecución, como es el caso del médico o del abogado, no tiene a su cargo sino una obligación de medios. El obrero, que a entender de Demogue va desde el peón hasta el más alto grado, incluso hasta el arquitecto, conlleva de ordinario obligación de resultado, pues el resultado puede ser conseguido de manera casi certera con el empleo de la tecnología apropiada.

Continúa diciendo Demogue que el artículo 1302 del Código Civil francés constituye un importante parágrafo, de donde resulta que el deudor debe probar el caso fortuito. Recuerda que el profesor Lefebvre presenta este texto como contrario a los verdaderos principios, porque él presume la culpa del deudor. A entender de Demogue, esto último no se explica sino por consideraciones prácticas. El deudor tiene la posesión de la cosa, siendo justo que él esté obligado a hacer conocer cómo la ha perdido. Estima que esta última observación es adecuada y que se la podría relacionar con esta idea, entendiendo que el deudor de una cosa asume una obligación de resultado, pues él debe entregar la cosa. Opina Demogue que esto último se aplica a todo deudor de un cuerpo cierto sobre el cual tuviera el completo dominio, pero estima que este artículo, por su propia razón, se refiere especialmente a la entrega de la cosa.

Hasta aquí las consideraciones de René Demogue sobre las obligaciones de medios y de resultados, tema que, como se ha visto, fue abordado por el referido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

profesor con ocasión del análisis de la relación existente entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

Jorge Horacio Alterini[120] señala —de manera muy acertada— que se polemiza entre los autores sobre si debe o no atribuírsele a Demogue la paternidad de la dicotomía entre obligaciones de resultado y de medios. Sin embargo, el profesor argentino pone de relieve que aun cuando pudiera admitirse la existencia de algunos vestigios anteriores a Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a hilvanar algunas consideraciones solitarias, sino a aquellos que con base conceptual definida, nutren al mundo del derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas.

Así, a pesar de que hay quienes buscan los antecedentes de las obligaciones de medios y de resultados en el derecho romano, en el antiguo derecho francés, en algún pasaje de Domat, en Lasson o incluso en Planiol, no debe existir duda de que quien dio organicidad (aunque a nuestro criterio bastante relativa) a la distinción de las obligaciones de medios y de resultados fue René Demogue.

- **Los seguidores de Demogue**

Dentro de los partidarios de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tenemos a un gran número de autores, entre ellos a Josserand, los Mazeaud, Enneccerus, Kipp y Wolff, Betti, Hernández Gil, Spota y Cazeaux y Trigo Represas.

Josserand[121] sostiene que hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, mientras que otras se refieren solamente a la conducta que el deudor deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Expresa que las primeras son las obligaciones de resultado, en tanto que las segundas son las obligaciones de medios; en aquéllas el deudor ha prometido ejecutar un acto determinado, positivo o negativo, por ejemplo, transportar a los viajeros o las mercancías de tal a tal punto, o construir una casa; en las segundas se ha comprometido solamente a portarse de tal modo, en tal dirección, a poner en marcha su industria, su actividad, su talento, a prestar sus cuidados, a brindar sus esfuerzos —en orden a un resultado sin duda—, pero sin garantizar el éxito.

Josserand vuelve a citar el recurrido caso del médico que promete, no curar la enfermedad, sino prestar cuidados concienzudos y atentos, conforme a los conocimientos de la ciencia. Para Josserand esta distinción corresponde a una realidad cuyo interés se manifiesta, en primer lugar, en el terreno de la responsabilidad contractual, y más especialmente en el de la prueba; ya que la inejecución de una obligación de resultado está establecida por el hecho mismo de que el resultado proyectado no se ha obtenido, mientras que la inejecución de una obligación de

120 ALTERINI, Jorge Horacio. «Obligaciones de resultado y de medios». En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Neuquén: Editorial Bibliográfica Argentina, 1990, tomo XX, pp. 700 y ss.

121 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, volumen II, tomo II, pp. 83 y 84.

medios se deduce solamente de la no observancia por el deudor de los deberes de diligencia, vigilancia, prudencia, competencia, etc., que había asumido; en una palabra, de una falta que ha cometido y cuya prueba, que incumbe al acreedor descontento, no dejará de tener dificultad. De acuerdo con esto —dice Josserand—, el paciente de un médico no obtendrá una indemnización sino en el caso de que pruebe que aquél no le ha dado los cuidados concienzudos, atentos y de conformidad a las prescripciones de la ciencia, que le debía contractualmente.

En el mismo sentido que Josserand, los Mazeaud[122] asumen la distinción entre las obligaciones que llaman «determinadas» (o de resultado) y las obligaciones «generales» de prudencia y de diligencia (o de medios), clasificación que descansa, según ellos, sobre la siguiente observación: unas veces el deudor está obligado a realizar un hecho determinado; la obligación está concretada estrictamente; el deudor debe lograr un resultado. Otras veces, por el contrario, el deudor está obligado tan sólo a observar diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado apetecido. Así, reiteran el caso en que mientras el porteador está obligado a entregar las mercaderías en el día y lugar convenidos, el médico solamente está obligado a conducirse con prudencia y diligencia con miras a obtener la curación del enfermo.

Para los Mazeaud, el interés práctico de la distinción es capital en el terreno de la prueba, pues resultaría suficiente para el acreedor de una obligación determinada (de resultado) establecer que no se ha alcanzado el resultado. Con ello demuestra que el deudor no ha cumplido con la obligación; para liberarse, el deudor debe probar entonces que el incumplimiento proviene de una causa ajena a él.

En cambio, según los Mazeaud, si la obligación que pesa sobre el deudor es tan sólo la de conducirse con prudencia y diligencia, se torna necesario un examen de la conducta del deudor, ya que cuando el resultado previsto no se ha obtenido, el acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, deberá probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y la diligencia a las que estaba obligado.

Según refieren los citados profesores franceses, esta clasificación engloba todas las obligaciones contractuales o extracontractuales; y agregan que no siempre resulta fácil saber si se está en presencia de una obligación «determinada» o de una obligación general de «prudencia y diligencia».

Opinan que, para tal propósito, en el terreno contractual hay que averiguar la voluntad de las partes, es decir, si el deudor ha asumido el compromiso de lograr el resultado por el cual han contratado las partes, o si el deudor solamente se ha

122 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, parte II, vol. I, pp. 21-23.

comprometido a intentar, por una conducta prudente y diligente, la consecución del resultado que han tenido a la vista las partes para concluir el contrato.

Estiman que a falta de otras circunstancias que permitan descubrir esa voluntad, se debe averiguar si la realización del fin perseguido por el contrato presenta una eventualidad. Cuando tal realización es aleatoria, debe suponerse que la obligación asumida es tan sólo de prudencia y diligencia, porque, normalmente, un deudor no se compromete a obtener un resultado que sabe aleatorio; y, por el contrario, cuando no es aleatoria la realización del resultado en vista del cual se ha celebrado el contrato, cabe estimar normalmente que el deudor ha prometido esa realización.

Recuerdan los Mazeaud que se ha censurado esta clasificación al poner de relieve que ella no presenta ningún interés práctico, porque un deudor asume casi siempre a la vez uno y otro tipo de obligaciones, pero anotan que nadie ha negado que un mismo deudor pueda estar comprometido a diversas obligaciones, y, según ellos, el mérito de la clasificación está justamente en revelar que las asume de variada y diferente naturaleza.

Alberto G. Spota[123] también se muestra partidario de la distinción en las obligaciones de medios y de resultados. Expresa esta opinión al tratar acerca del contrato de locación de obra.

Luego de referirse a los servicios de abogados, médicos y otros profesionales, manifiesta, entre otras consideraciones, que en esos supuestos el abogado es un locador de obra y que asume también esta calidad cuando se obliga a estudiar una cuestión que se le plantea, con prescindencia de que prosperen o no las acciones judiciales o los requerimientos extrajudiciales que se promuevan como consecuencia del dictamen emitido, pues hay allí una obra intelectual, un resultado alcanzado.

Spota indica que la eficacia de ese resultado origina ya un problema diverso, y puede o no formar parte integrante de las obligaciones del locador, según el ámbito de lo convenido.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff también se manifiestan partidarios de la existencia de obligaciones de medios y de resultados, cuando analizan[124] los contratos de prestación a tercero y por tercero, en especial cuando abordan el tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (el mismo que será tratado por nosotros más adelante).

123 Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1984, volumen v, pp. 292-294.

124 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Doctrina general*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1947, volumen I, tomo II, pp. 170-175.

De otro lado, Cazeaux y Trigo Represas,[125] luego de recordar el origen de la distinción sobre la que venimos tratando, consideran que las obligaciones de resultado son aquéllas en las cuales el deudor está obligado a asegurar un efecto determinado. Así, opinan que en el sector de las obligaciones contractuales sería de resultado una compraventa, pues en esta clase de contrato, tanto el vendedor como el comprador se comprometen a cumplir efectivamente un hecho determinado: uno, la entrega de la cosa, y el otro, el pago del precio.

Refieren que en el sector de las obligaciones extracontractuales, sería una obligación de resultado la surgida de un evento dañoso provocado por un animal o la nacida a raíz del hecho dañoso causado con una cosa o por una cosa inanimada, en cuyas situaciones el obligado a la guarda del animal o de la cosa, está en el deber de asegurar el efecto preciso de que ni los animales ni las cosas bajo su custodia causen daño a otro. En suma, en las obligaciones de resultado —sean contractuales o extracontractuales— el deudor no sólo tiene el deber de observar una determinada conducta, sino también de obtener el logro de la finalidad perseguida por ella.

Estiman que las obligaciones de medios son aquéllas en que el deudor no asegura un efecto determinado, sino tan sólo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo. Como lo explica Betti, se trata de desarrollar una actividad en interés del acreedor, pero no el resultado útil de la actividad, resultado que puede no estar en manos del obligado.

Añaden que, desde el punto de vista del régimen probatorio, la distinción entre obligaciones de medios y de fines resulta muy importante, pues si el deudor promete un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge de la mera circunstancia de no haberse realizado el acto prometido, de no haberse obtenido el resultado previsto; en tanto que si sólo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para acreditar el incumplimiento no basta ya probar la no obtención de un resultado, sino que se deberá además demostrar que ello obedeció a culpa del deudor, quien no se condujo con la mesura y diligencia debidas.

De este modo, en el primer caso corresponderá al deudor acreditar que su incumplimiento fue inimputable, por caso fortuito, fuerza mayor o alguna otra causal eximente; en el segundo el *onus probandi* pesa sobre el acreedor, quien deberá probar la culpa del obligado incumpliente.

125 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Librería Editora Platense, 1969, tomo I, pp. 809-811.

- **La doctrina ecléctica**

Recuerda Jorge Horacio Alterini[126] que de la misma manera como la teoría de Demogue contó con entusiastas seguidores, hubo también quienes levantaron grandes reparos. Pero algunos autores asumieron parcialmente sus doctrinas.

Jorge Horacio Alterini emplea los términos de Alsina Atienza, cuando expresa que el mérito de Demogue radica en haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba, pero admite que sus virtudes no deben ser exageradas. En tanto, Luis María Boffi Boggero —maestro de Jorge Horacio Alterini— afirma que esta ingeniosa teoría puede facilitar la solución más justa de los siempre complejos problemas de la responsabilidad, si se le asigna un papel menos ambicioso que el perseguido por sus más fervientes partidarios.

De este modo, y colocándose en una posición intermedia, el discípulo de Boffi Boggero añade que en torno al tema no cabe ni el excesivo optimismo ni la crítica despiadada, pues la construcción de Demogue tiene el valor de haber penetrado por senderos que se consideraban suficientemente explorados, de haber indicado nuevos rumbos a quienes abordaran problemas probatorios, y aun el de haber desbrozado algunas dificultades; pero, no obstante ello, dicha teoría no llega a conformar un edificio de sólidos cimientos e inmutables estructuras.

Para Jorge Horacio Alterini, resulta claro que el avance de la teoría no puede detenerse con críticas «del nivel de las que indican, por ejemplo, que toda obligación tiene por objeto un resultado, lo que siendo indiscutible si nos formamos una imagen genérica del resultado, no lo es si le damos el alcance referencial que a esta idea le adjudica Demogue».

El profesor argentino agrega que si bien fines y medios se combinan en las obligaciones, es también cierto que en algunos casos esos fines están previstos en forma expresa en la obligación, como es en la de resultado; y ocurre que en otros se verifica una suerte de abstracción de esos fines respecto del contenido de la obligación, que si bien normalmente es apta para alcanzarlos, se extingue por el mero obrar diligente del deudor a quien sujeta (en lo que el citado profesor califica como obligación de medios).

Esmein, por su parte, decía que toda obligación tiene por objeto un cierto resultado, ya que de no tenerlo carecería de objeto, y el objeto es elemento necesario de toda obligación.

Para Marton, las obligaciones de medios no son más que obligaciones que consideran un resultado parcial en relación con el verdadero fin más amplio, aunque éste haya quedado fuera de la obligación.

126 Alterini, Jorge Horacio. *Op. cit.*, pp. 703 y 704.

En tanto que Ripert y Boulanger enuncian casos en que la obligación del deudor comprende tanto un cierto resultado como los medios considerados apropiados para lograrlo.

Según Aguiar, las obligaciones de medios y las de resultado, funcionan de la misma forma con relación a la prueba del incumplimiento, porque los medios son, como el resultado, el objeto de la obligación, pues la diferencia no se encuentra allí, sino en que los medios y resultados prometidos consistan en un hacer o en un omitir, y en que la negativa sea una negativa pura, respecto de la cual quien niega, nada prueba, o que envuelva una afirmación, en la cual la prueba deba ser hecha por quien niega.

Para Busso la distinción no abarca todas las posibilidades y, por otro lado, muchas veces ambas categorías se confunden.

- **Los detractores de Demogue**

Uno de los más severos críticos modernos de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es el profesor argentino Ernesto Clemente Wayar,[127] quien señala que entre ellas no hay diferencias ontológicas, siendo su distinción sólo aparente, pues en aquellas que la tradición llama «de medios» es siempre posible encontrar un «resultado», lo que se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay medios y que en toda obligación también se persigue resultados.

Como segundo fundamento del combate a este criterio clasificatorio, Wayar sostiene que el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor y que la prestación o conducta del deudor es el medio productor de aquel resultado. Dentro de tal orden de ideas, resultado y medio son dos elementos que están íntimamente ligados dentro de la estructura de toda relación obligacional, pues constituyen parte de su esencia.

Por ello expresa que afirmar que hay obligaciones de medios en las cuales no se promete ni se debe un resultado, equivaldría a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto.

Sostiene el profesor citado que el hecho de que en algunas obligaciones el medio o prestación adquiera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado.

Dice Wayar que, a pesar de no tener la misma jerarquía, de ninguna manera podrá decirse que en un caso el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero, pues en uno y otro caso el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección,

127 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 128-130.

lo que no ocurrirá si, como punto de partida, se admite que en la obligación de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado.

Y, en tercer término, Wayar expresa que en la llamada obligación de medios, la prestación (es decir, la conducta debida) persigue siempre un resultado, que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Wayar afirma que sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr el resultado, habiendo siempre un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor, por lo que considera imposible escindir los medios del resultado.

Sin embargo, no compartimos una conclusión que extrae Wayar de este problema, al decir que cuando el enfermo[128] no recupera su salud, a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico, bien cabe decir que, como acreedor, su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia o utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo, que era, precisamente, curar al enfermo, habiéndose frustrado, según Wayar, tanto el objeto del crédito como la finalidad a que apuntaba la prestación cumplida.

Estimamos que en estas últimas expresiones existe cierta contradicción, pues por un lado no es posible decir que la prestación no ha alcanzado su objetivo, asumiendo que ella se ha ejecutado, ya que sería caer en la contradicción de siempre (de las obligaciones de medios y de resultados), desconociendo que dicho resultado se cumple con la ejecución misma de la prestación, vale decir, con la conducta del médico en hacer todo cuanto esté a su alcance para curar al paciente.

Conviene poner énfasis en que si el médico ha hecho todo lo posible para sanar al paciente y ha procedido con la diligencia ordinaria requerida, no sólo habrá ejecutado medios, sino también habrá cumplido con el resultado, pues el resultado del que hablamos no es otro que el propio tratamiento para curar la enfermedad.

Dicho resultado jamás ha consistido en prometer sanar al paciente. Por eso, si el paciente no se cura, no podríamos decir que el médico no habría ejecutado su prestación, porque ello implicaría afirmar que no habría conseguido los resultados a que se obligó. Igualmente, tampoco podríamos decir que no habría obtenido los resultados prometidos, pues si procedió adecuadamente, habría ejecutado de manera idónea la prestación debida.

Además de Wayar, se cuenta entre los detractores de la doctrina de Demogue, entre otros autores, a Ripert y Boulanger, Breccia, Brigant, Miccio, Carresi y Ospina.[129]

128 Como puede apreciar el lector, nadie ha dejado de lado nunca este ejemplo.

129 Citados por De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, segunda parte, tomo VI, p. 45.

Como ha sido expresado por nosotros con ocasión del análisis de los diferentes criterios clasificatorios de las obligaciones, y en las propias líneas que anteceden, no creemos factible dividirlas en aquellas que se podrían considerar de medios y otras que recibirían el nombre de obligaciones de resultado(s).

- **La teoría de René Demogue. Los contradictorios «medios» y «resultados»**

Pero más allá de las consideraciones hasta aquí vertidas, hemos estimado necesario analizar con cierta minuciosidad las expresiones de quien fue creador de esta clasificación, el profesor René Demogue.

A nuestro entender Demogue, a quien no nos atreveríamos a restarle mérito alguno por haber planteado tesis tan novedosa en 1925, construyó su teoría con ejemplos usualmente contradictorios y sin una doctrina medular. No obstante ello, la inmensa mayoría de autores que conocieron la obra de Demogue fueron persuadidos por sus ideas, las mismas que siguen siendo fuente de consideración en el análisis jurídico de diversos tratadistas contemporáneos.

Para rebatir a Demogue es indispensable recordar cuál es el concepto que asume respecto a la obligación civil propiamente dicha.

En las primeras páginas de su *Tratado*,[130] Demogue expresa que la obligación moderna traduce el concepto de la obligación tal y como ésta se forma dentro de las civilizaciones avanzadas en su evolución, pudiendo ser mejorado, al expresar que «hay obligación cuando una persona está comprometida respecto a otra a dar, hacer o no hacer».

Resulta claro que el concepto de Demogue respecto de las obligaciones civiles es el predominante en nuestra tradición jurídica y en el derecho del siglo XX. De igual modo, este concepto ha sido asumido por el legislador peruano —aunque nunca de manera explícita— en todos los Códigos Civiles que han tenido vigencia en nuestro país, incluyendo, obviamente, al Código de 1984.

También es necesario recordar que tal es el concepto de obligación que hemos adoptado en esta obra.[131]

130 DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 3.

131 Como expresamos en este *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

ESTUDIO VARIO CASTILLO FREYRE

Adicionalmente, toda obligación implica la existencia de un objeto, el mismo que constituye la prestación, es decir, la actividad humana que consiste necesariamente en un dar, en un hacer, o en un no hacer.

Hemos dicho en forma reiterada que si nos atenemos a la naturaleza de la prestación, toda obligación, de manera ineludible, es de dar, de hacer o de no hacer. Esto equivale a decir que no cabe un cuarto criterio clasificatorio.

De lo expresado se infiere claramente que la obligación es concebida de manera tradicional como el compromiso a una actividad propia, la misma que si se cumple adecuadamente constituye o configura el pago y, de esta forma, extingue la obligación.

No existen, por tanto, obligaciones que para su ejecución no impliquen realizar una actividad propia por parte del deudor, que se traducirá en un efectivo dar, hacer o no hacer, aclarando que, en este último caso, es decir, en las obligaciones negativas, lo prevaleciente es una inacción del deudor.

Desde esta óptica, empieza a tornarse imposible distinguir cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Si adoptamos como ejemplo una obligación de dar una suma de dinero, es claro que probablemente el deudor no requiera efectuar mayores gestiones o actividades para cumplir con ella. Podríamos imaginar el supuesto usual de que el deudor cuente con el dinero debido, en efectivo, y cuando el acreedor fuese a cobrarle, se lo entregara en sus propias manos. En este caso, asumiendo la equivocada clasificación de obligaciones de medios y de resultado, podría decirse que dicho deudor se habría obligado a un resultado, ya que para la ejecución del mismo carecerían de relevancia los medios empleados.

Sin embargo, recurriendo al mismo ejemplo, podríamos llegar a la conclusión inversa, es decir, a que se trata de una obligación de medios, si consideráramos que dicho deudor, al momento de contraer la obligación, no contaba con el dinero necesario para pagarla, y que para lograr su objetivo tuvo que realizar diversos trabajos, cobrar varios créditos, efectuar diversas transferencias de dinero en cuentas bancarias, es decir emplear diversos medios, algunos complejos, para honrar su deuda.

Este escenario nos situaría, probablemente, ante una obligación de medios, ya que en ella las actividades previas al pago resultarían singularmente importantes para el cumplimiento de la obligación.

Como puede apreciarse en un simple y frecuente caso, como es el pago de una suma de dinero, él podría conllevar desde una actividad tan sencilla como que el deudor introduzca la mano en su bolsillo, obtenga el dinero y lo entregue al acreedor, hasta un conjunto de actividades tan complejas como aquellas que formaban parte de la segunda variante de nuestro ejemplo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, ¿acaso resultaría posible —dentro del criterio clasificatorio negado por nosotros— preguntarnos si estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultados?

Ello es imposible. Lo correcto resulta aludir únicamente a las obligaciones según su naturaleza y, en el caso propuesto, a una obligación de dar.

Como toda obligación implica un deber de conducta, es claro que siempre se va a necesitar de determinados medios (que son la actividad propiamente dicha) para cumplir la obligación, pero no existe ningún espacio vacío o algún «agujero negro» entre la actividad desplegada para el pago y el pago mismo. Esa actividad constituye parte del pago, en tanto que el pago se efectúa realizando dicha actividad.

Ni siquiera podríamos decir que se trata de dos caras de una misma moneda. Es la misma cara de la misma moneda, que debe apreciarse de manera integral y no fraccionada.

Si en la obligación más simple, que ha sido ilustrada con el ejemplo de dar una suma de dinero, resulta imposible demostrar esa diferencia entre los pretendidos medios y los pretendidos resultados, ya podemos imaginar que esa distinción es menos factible de ser apreciada en obligaciones cuya prestación implique la realización de actividades algo más complejas.

Siempre dentro del terreno de las obligaciones de dar, podríamos plantearnos el caso en que el deudor se obligara a la entrega de un bien cierto, por ejemplo un automóvil, el mismo que deberá conservar por el lapso de una semana, para luego entregarlo a su acreedor.

Ésta es una simple obligación de dar, pero para los partidarios de las obligaciones de medios y de resultados, tal vez podría ser interesante ingresar a discutir la mucha o poca importancia que tendría el deber de conservación del bien que pesa sobre el deudor, y los escasos o considerables esfuerzos que deberá realizar para conducir el automóvil a destino y entregarlo al acreedor.

No sólo sería imposible, sino inútil, que los hombres de derecho ingresásemos en este tipo de «sutilezas de escuela». Tal distinción carecería de interés práctico, pues al derecho de obligaciones solamente le concierne conocer en qué consiste la prestación asumida por el deudor y que éste la cumpla, aplicándose al tema los muy razonables principios de equidad en torno de la carga de la prueba, ya sea si la obligación se ha cumplido o si ella no se ha ejecutado.

Dentro de las propias obligaciones de dar, el lector podría imaginar el caso de aquéllas que consisten en la entrega de bienes inciertos, para lo cual —tal como fue analizado oportunamente— el derecho exige que se efectúe una elección previa a la entrega por parte del deudor (o, si ello se hubiera pactado, por el acreedor o por un tercero).

DIEGO MARIO CASTILLO FERRE

Podría decirse que si el deudor escoge, tal vez llegaría a encontrarse en una situación algo compleja, si resultara difícil determinar qué bienes conforman una calidad no inferior a la media de la especie y, ulteriormente, al efectuar la elección, se determinara que el bien es de calidad inferior a la media.

A lo expresado es posible agregar numerosas dificultades que puede asumir el deudor para entregar el bien, el mismo que (prescindiendo, para efectos académicos, de las prohibiciones legales existentes) podría consistir en un elefante de tres años de edad, que deberá ser capturado vivo en Sudáfrica y entregado al propietario de un zoológico privado ubicado en la localidad campestre de Cieneguilla, en las afueras de Lima.

Nadie duda que ese deudor tendrá que pasar por la ejecución de una serie de actividades que revestirán un alto grado de dificultad (imaginemos el solo hecho de capturar vivo al elefante), además de realizar infinidad de trámites administrativos y cumplir un conjunto de actividades destinadas a trasladar vía marítima a dicho elefante desde el puerto más cercano en Sudáfrica hasta el puerto del Callao, y luego conducirlo, vía terrestre, desde el Callao hasta Cieneguilla.

El cumplimiento de esta obligación, sin duda, originará problemas al deudor, pero aun imaginando que ellos fuesen muchos o pocos, nada importaría hablar de «medios» o de «resultados». Lo relevante es que el animal deberá entregarse sano y salvo al acreedor en su zoológico de Cieneguilla.

Saliéndonos de las obligaciones de dar e ingresando a las obligaciones de hacer, quisiéramos mencionar tres ejemplos que consideramos ilustrativos.

En el primero, imaginemos que un pintor se obliga con el propietario de un inmueble a pintar todos los ambientes del mismo, tanto internos como externos, con una pintura de marca y color previamente convenidos y proporcionada por el dueño de la casa.

Aquí es claro, tratándose de una obligación de hacer, que el deudor deberá adoptar una conducta determinada con el propósito de pintar efectivamente todo el inmueble. Ahora bien, el lector podrá apreciar que no resulta posible distinguir entre la labor misma de pintar la casa y el resultado que consiste en acabar de pintarla. Si ello lo fuera, tendría que asumirse la posibilidad de distinguir entre la ejecución de la prestación y su cumplimiento, lo que sería absurdo, ya que dicha ejecución y ese cumplimiento son exactamente lo mismo, en la medida que el pintor culminará de ejecutar su prestación en el preciso momento en que termine de pintar la casa, habida cuenta que mientras esté pintándola, estará cumpliendo con la prestación debida.

Sería irracional intentar distinguir en esta obligación los medios y los resultados.

Además, debe tenerse en cuenta que de considerarse que esta obligación no tiene carácter *intuitu personae*, ella bien podría ser ejecutada por un tercero a quien el deudor delegue el cumplimiento de su obligación, o el supuesto intermedio en

que el pintor se valiera de terceros para dicho cumplimiento. En estos casos, como en todos aquellos donde resulte posible el pago por un tercero, se podría llegar al absurdo de interpretar que el resultado puede ser obtenido por el deudor sin haber empleado ningún medio propio, sino la ejecución por un tercero. Así, tendríamos ausencia de medios propios, pero logros de resultados propios. De esta forma, si quisiéramos aplicar a estos supuestos la teoría que combatimos, lo único que obtendríamos es un conjunto de absurdos.

Ahora imaginemos dos ejemplos de obligaciones de hacer *intuitu personae*.

Uno de ellos consiste en el cantante que se obliga con una empresa de espectáculos a realizar un concierto, dentro de las especificaciones que han sido materia del contrato celebrado.

En este caso, si el cantante debe instalar los equipos de luces, sonido, efectos especiales, etc., además de brindar el concierto a que se ha obligado, podríamos preguntarnos, ¿dónde comienzan los medios?, ¿dónde terminan dichos medios?, ¿dónde comienzan los resultados y dónde finalizan esos resultados?

Podría interpretarse que los «medios» comienzan con la instalación de los equipos, pero a ello podría replicarse que dichos «medios» tal vez habrían comenzado antes, cuando el cantante y su empresa empezaron a hacer las gestiones necesarias para su traslado al lugar del concierto.

Por otro lado, se podría sostener que los medios concluirían al terminar de instalarse los equipos y de haber finalizado los ensayos, tanto por parte del cantante como de su grupo coreográfico. Pero este razonamiento también podría ser contradicho, si precisamos que todo el soporte técnico, a la par que los ensayos de la obra, terminarán de ser medios útiles cuando concluya el propio cumplimiento del concierto.

Si bien podría argumentarse que el inicio del concierto representaría el principio del resultado, a ello se podría oponer el argumento de que el concierto es medio y resultado en sí mismo, al igual que todas las actividades previas a su realización que también constituyen medios y resultados en sí mismas, imposibles de distinguir tanto en el plano teórico como en el terreno práctico.

Nuestro tercer ejemplo de obligaciones de hacer recala en una obligación de hacer que concluye en un dar, y que es de naturaleza *intuitu personae*.

Un pintor, artista de nota, es contratado por el fundador de una empresa para que le haga un retrato. En este caso podríamos referirnos a que los medios van a constituir el hacer propiamente dicho de la obligación (es decir pintar el cuadro), en tanto que el resultado consistirá en la entrega del cuadro.

Pero este razonamiento podría ser cuestionado si pensamos que el pintor, luego de culminar su obra, deberá dirigirse al domicilio del referido personaje (si se hubiera convenido que el pago se realizara en el domicilio del acreedor), a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FIESTAS

efectos de cumplir con la entrega del cuadro. En esta hipótesis se podría argumentar que los medios no terminan sino en el momento en que el cuadro es llevado a destino (el domicilio del acreedor).

Sin embargo, el mismo caso podría ser apreciado desde una óptica radicalmente distinta, si se razonara que sólo cuando el bien llegue a destino se habría cumplido con ejecutar la obligación (vale decir, con el pretendido resultado).

Lo dicho deja en claro que podríamos llegar al caos absoluto, a la par que a un interminable y ocioso juego de palabras, cuando sabemos que en estos casos la obligación del deudor (que es una de hacer que concluye en un dar), no podría ser ejecutada si no se pinta y entrega el cuadro.

Entonces, ¿dónde estarían los medios y dónde los resultados? ¿O no será que ambos conceptos se encuentran indisolublemente ligados?

A continuación, mencionemos un ejemplo de obligaciones de no hacer.

En el caso de un químico al servicio de un laboratorio farmacéutico, este profesional se encontraría obligado a no revelar durante el proceso de investigación ni al concluirlo las fórmulas y elementos en general de que está compuesto el fármaco. Aquí podríamos preguntarnos, ¿cuáles serían los medios y cuáles los resultados en esta obligación de no hacer?

¿Acaso podría sostenerse que el medio consiste en guardar silencio durante los meses que dure la investigación y que el resultado consistiría en que la investigación culmine manteniéndose la reserva del caso?

Si así fuese, llegaríamos a la conclusión de que el resultado no sería otra cosa que la consecuencia natural de la ejecución de todos los medios empleados, lo que en otras palabras significaría decir que el resultado sería la suma de los medios, esto es de todo el plazo durante el cual el químico deba guardar en secreto el proceso, los compuestos y la fórmula.

¿Pero acaso no resultaría ilógico pensar que el resultado, consecuencia natural de los medios empleados, fuera algo distinto que el fiel cumplimiento de los propios medios? ¿Acaso puede distinguirse entre guardar el silencio debido durante el proceso de investigación, etapa por etapa, y guardar dicho silencio luego de concluido el proceso?

En este caso se aprecia que los medios constituyen el propio resultado y que el resultado no es otra cosa que la ejecución misma de los medios. Por tanto, insistir en la pertinencia de este tipo de clasificaciones es absolutamente errado.

- **Los veintiocho supuestos de René Demogue**

Por lo demás, la teoría de René Demogue —independientemente de sus méritos e indiscutible originalidad— no constituye un todo orgánico en materia conceptual, en donde prime un análisis lógico y se llegue a conclusiones de rigor científico.

La doctrina de Demogue no deja de ser un conjunto inorgánico de veintiocho supuestos señalados a manera de ejemplo, bajo el único hilo conductor de distinguir si constituyen obligaciones de medios u obligaciones de resultados.

Entonces, para refutar a Demogue con sus propios argumentos, no es posible enfrentar una teoría orgánica, sino esa casi treintena de ejemplos, en donde el propio Demogue —más allá de sus conclusiones fragmentadas— deja muchísimas dudas y un número no menor de contradicciones insalvables.

Analicemos cada uno de los supuestos que para Demogue dan mérito a la construcción teórica de las obligaciones de medios y de resultados.

Luego de expresar que las obligaciones de resultado se caracterizan por el propio resultado, y que las obligaciones de medios se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir ese resultado, Demogue considera como primer supuesto de obligación de resultados al caso en el cual una persona se obliga a transportar un paquete. Asigna a este caso tal calificación, por estimar que se espera la producción de dicho resultado. Sin embargo, el citado profesor prescinde absolutamente de analizar si el referido transporte requiere —para conseguir el resultado esperado— del empleo de los medios necesarios, los cuales podrían, sin duda, revestir, dependiendo de las circunstancias, poca, alguna o mucha importancia o dificultad. Tal vez si Demogue hubiera recalado en el empleo de dichos medios, habría llegado a la conclusión de que el ejemplo materia de tratamiento era uno de obligación de medios.

Para nosotros, sin embargo, no existe esa inquietud, en la medida que los medios están indisolublemente ligados a los resultados, de modo tal que sería inconcebible pensar en la entrega inadecuada del paquete, sin que se hubieran ejecutado a plenitud los medios que conducen a tal efecto (y que no hubiere ocurrido un evento de caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa).

Por lo demás, ésta es, dependiendo de la perspectiva que se observe, una obligación de hacer que concluye en un dar (transportar el paquete y entregarlo) o una obligación de dar propiamente dicha. La naturaleza de la obligación podrá variar de acuerdo con la importancia que otorguemos al transporte y a la entrega del propio paquete. Sin embargo, calificarla de un modo o de otro carece de relevancia, pues tanto su transporte como ulterior entrega constituyen el objeto de la prestación debida.

El segundo ejemplo citado por Demogue es también uno de obligación de resultados, y se refiere a aquella persona que se obliga a construir un edificio. Es evidente que a entender de Demogue lo que importa aquí es la entrega del edificio terminado de construir, pero en este caso, al igual que en el anterior, y tal vez en grado más notorio, serán importantes los medios que el deudor utilice para la construcción del edificio, sin cuyo empleo nunca podría obtenerse el resultado, el mismo que, por lo demás, no es otra cosa que haber terminado de ejecutar la prestación debida.

Por otra parte, preocupa cuando Demogue señala que en estas obligaciones los resultados son esperados, asumiendo el peligroso criterio de sentirse «dueño del futuro», ya que *a priori* jamás podrá saberse si se conseguirá el resultado que se busca, por más que el deudor haga todo lo que esté a su alcance para obtenerlo.

No menos polémico resulta el tercer ejemplo de Demogue, que califica como una obligación de medios, al considerar que el banco, cuando contrata con un cliente el alquiler de una caja de seguridad, sólo está obligado a adoptar ciertas medidas de precaución, custodia, conservación y vigilancia para con dicha caja.

Aquí Demogue señala que el banco únicamente se obliga a ello y no al resultado de que el cliente pueda encontrar incólumes los bienes que hubiera depositado en la caja de seguridad.

No vemos qué existe de especial en esta obligación, pues en ella, como en cualquiera otra, el deudor se obliga a ejecutar una prestación. En este caso el banco estaría obligado a ejecutar una prestación de hacer, que implica un comportamiento propio de custodia respecto de la caja de seguridad del cliente, al igual que asume una prestación de no hacer, en el sentido de no abrir ni manipular en modo alguno la caja de seguridad o su contenido.

Por lo demás, en estos casos resultaría de plena aplicación el régimen probatorio de inejecución de obligaciones, en la eventualidad de que, por ejemplo, se hubiese producido la pérdida total o parcial, por robo, del contenido de la caja de seguridad que el cliente ha contratado en la bóveda del banco.

Ante dicho incumplimiento, conforme a la legislación peruana, deberá presumirse que el banco incumplió con culpa leve, pudiendo el cliente afectado agravar la responsabilidad de la institución financiera, si probara que el incumplimiento obedeció a dolo o culpa inexcusable. Dentro del mismo régimen legal peruano el banco, a su turno, tendría la posibilidad de eximirse de responsabilidad, demostrando que el incumplimiento ocurrió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias de la obligación, o por causas derivadas de caso fortuito o fuerza mayor o de ausencia de culpa.

En el caso analizado de las cajas de seguridad de los bancos, vemos que poco importa hablar de medios o de resultados. Simplemente corresponde referirnos a las obligaciones asumidas por el banco, a su cumplimiento, a su eventual incumplimiento y a las causas que hubieran motivado este incumplimiento.

En cuarto lugar Demogue cita otro ejemplo de una obligación que califica como de medios: la del guardián que se obliga a vigilar una propiedad, caso en el cual, según Demogue, esa persona sólo debe adoptar precauciones y no promete que el dueño la encontrará intacta.

Resulta claro que en este caso nos encontramos ante una obligación de hacer *intuitu personae*, a través de la cual dicho guardián se compromete a resguardar el bien de la manera más adecuada. Pero, ¿acaso podría sostenerse que el guardián

únicamente es contratado para estos efectos y no para entregar el bien al propietario, cuando corresponda, en las mismas condiciones en que lo recibió? ¿Acaso sólo interesan las precauciones que adopte y no los resultados que obtenga fruto de dichas precauciones? ¿Cómo se podría desligar el cumplimiento de la prestación de hacer del resultado mismo, a la par que cómo se podría desligar dicho resultado del correcto cumplimiento de la obligación asumida?

Utilizando la clasificación creada por el propio Demogue, podríamos llegar a sostener que en este caso estaríamos en presencia de una obligación de resultados y no de una de medios. Pero tan absurdo sería sostener lo primero como lo segundo, pues simple y llanamente nos encontramos frente a una obligación de hacer.

El quinto ejemplo citado por René Demogue es el del conductor de un vehículo, respecto de quien considera que sólo contrae una obligación de medios con el viajero, en relación con el equipaje de mano que este último no haya hecho registrar.

Ante todo, el equipaje de mano no registrado como equipaje acompañado constituye parte de las pertenencias del viajero, como sería el caso del bolso para una señora, del maletín de un ejecutivo, del juguete de un niño o de alguna prenda de vestir que el pasajero lleve en la mano para la eventualidad de algún cambio climático en el lugar de destino o en el propio trayecto.

Si el transportista permite que los pasajeros porten estos equipajes, podría no estar obligado a su custodia en términos tan absolutos como sí lo estaría respecto del equipaje registrado, pero sí estará obligado a permitir que estos pasajeros puedan portar, con la comodidad del caso, el equipaje de mano, y a permitirles que lo depositen en algún lugar del vehículo a fin de que puedan llegar a destino con total resguardo de su integridad.

En este caso resulta imposible, a todas luces, determinar cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Se trata, en suma, de una simple prestación que consiste en hacer todo lo posible para que el equipaje no sufra daños en el transporte, además de la prestación de no hacer que se asume para evitar que dichos bienes sean manipulados por el propio transportista o por la tripulación de manera indebida.

El sexto ejemplo citado por Demogue es el del médico, quien no promete la curación del paciente sino sólo sus cuidados. Es evidente que dentro de su lógica califica a tal obligación como una de medios.

El ejemplo del médico ha sido y es utilizado de manera reiterada por toda la doctrina de nuestra tradición jurídica, prácticamente como un arquetipo de la pretendida distinción entre medios y resultados.

Más allá de volver a ocuparnos del tema al abordar posteriormente diversos supuestos de responsabilidades específicas, en términos generales es desde luego imperativo que un médico actúe con ética y de modo diáfano, obligándose a tratar

LEGIS MARCAS CORREA

a su paciente con la mayor diligencia y con los conocimientos que posea, a fin de brindarle el tratamiento que considere más adecuado para la curación o alivio de su dolencia. Si la pregunta se refiere a cuál es la obligación que asume el médico, resulta claro que es una de hacer, la misma que consiste en realizar todo cuanto esté a su alcance para lograr la mejoría del paciente.

No podría sostenerse en este caso que el médico se haya obligado a curar al paciente, porque ello constituiría una promesa irresponsable.

Entonces podemos llegar a concluir que, en el caso de la obligación del médico respecto del paciente, no es que el intentar curarlo sea obligarse a los medios para obtener necesariamente un resultado ulterior, ya que el resultado ulterior no ha sido materia de la obligación asumida por el médico con el paciente.

No entendemos la razón por la cual la obligación de tratar a un paciente deba ser considerada como un medio y no como un fin en sí mismo, ya que sólo si se prometiese la curación los intentos del médico por lograr que sane el paciente tal vez pudieran ser vistos como un medio. Pero, a nuestro entender, tal promesa sólo constituiría un acto ajeno a la ejecución de la prestación asumida.

Nada más. Pero sobre el tema, lo reiteramos, volveremos al ocuparnos de la responsabilidad civil de los profesionales de la medicina.

El séptimo ejemplo que inquieta a Demogue es saber si el hospedante tiene, respecto al turista, una obligación de resultados en relación con el equipaje que este último hubiera llevado al establecimiento.

Con prescindencia de lo que anotaremos al analizar en detalle este supuesto específico de responsabilidad, el establecimiento de hospedaje está obligado a mantener la custodia que las circunstancias, categoría y demás consideraciones aconsejen respecto de dicho equipaje, custodia que constituye parte de una obligación de objeto plural, con prestaciones de hacer y de no hacer.

Nos preguntamos, ¿en este caso cuáles serían los medios y cuáles los resultados? Sin duda, resultados y medios se identifican con la ejecución de la propia prestación.

Luego, en octavo lugar, Demogue aborda el tema de la obligación de seguridad que tiene la empresa respecto del obrero, la misma que él califica como de medios, en contraposición a un sector de la doctrina que la considera de resultados.

Nos parece irrelevante la discusión abierta por Sainctelette y recogida por Demogue, pues es claro que toda empresa, y especialmente las dedicadas a cualquier actividad industrial, deberán tomar las medidas de seguridad adecuadas, con el propósito de que no se produzcan accidentes entre los trabajadores, en la misma medida en que los trabajadores deberán adoptar todas las precauciones necesarias a fin de evitar cualquier accidente. De esta forma, al tener ambas partes deberes impuestos tanto por la ley como por la relación contractual que las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

vincula, si ocurriese un accidente, el caso se reduciría a probar quién incumplió con esos deberes de seguridad, lo que, en buena cuenta, representa conocer quién fue el culpable del accidente producido.

En noveno lugar, Demogue piensa que la obligación del conductor de un automóvil respecto de las personas que transporta es una obligación de resultados.

Sin perjuicio de volver sobre el tema al estudiar las responsabilidades específicas, para nosotros es claro que se trata de una obligación de hacer propiamente dicha y que no merece un tratamiento distinto —en cuanto al régimen probatorio— que cualquier otra obligación nacida de fuente contractual y que hubiera sido materia de incumplimiento. Nos parece absurda la sutileza planteada por Demogue en el sentido de que el conductor no promete tomar todas las medidas ordinarias para el transporte y observar las precauciones que imponen la prudencia y los reglamentos de tránsito, sino que solamente se obliga a conducir al pasajero sano y salvo a su destino.

Esta distinción no resulta razonable, en la medida en que podría ser imposible conducir a un pasajero —sano y salvo— a destino si se contravinieran todas las medidas de seguridad (incluyendo las más elementales) y se violaran todos los reglamentos de tránsito (incluyendo aquellos preceptos de observancia básica). Lograr el resultado sin el empleo de los medios idóneos equivaldría a algo así como ganar la lotería sin haber comprado un boleto.

Igualmente, inútil es la discusión que Demogue plantea como décimo supuesto, cuando se pregunta si en el contrato de remolque marítimo se promete el resultado o solamente hacer todo lo posible para conseguir tal resultado.

Aplicamos a este caso, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones formuladas con ocasión del supuesto inmediatamente anterior.

Como undécimo, duodécimo y décimo tercer ejemplos, Demogue considera como obligaciones de resultados la del inquilino, la del depositario y la del comodatario, respecto de la devolución del bien que se les ha entregado.

En estos tres casos podemos apreciar con mayor nitidez la irrelevancia de tal distinción.

Decimos esto, porque cualquiera de los tres contratantes está obligado a conservar adecuadamente el bien y a mantenerlo en el estado en el que lo recibió, devolviéndolo en esas condiciones, sin mayor deterioro que el que imponga el uso normal del bien (en los casos del inquilino y del comodatario) e intacto (en el caso del depositario).

Para nosotros es claro que los tres contratantes deberán conservar adecuadamente el bien; que el inquilino y el comodatario deberán usarlo de manera responsable, sin ocasionarle daños, y que el depositario no podrá usar el bien, salvo autorización expresa del depositante. Así, teniendo como premisa que el bien debe

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ser devuelto en el mismo estado en el que se entregó, si hubiera sufrido deterioro cualquiera de los tres contratantes mencionados se encontraría obligado a repararlo (si ello fuera posible) y a devolverlo en las mismas condiciones en que lo recibió. Todo esto, abordando el problema a grandes rasgos, y con prescindencia de la causa que hubiera ocasionado el daño.

De otro lado, en los tres casos señalados por Demogue como obligaciones de resultado, también podría sostenerse, empleando su misma lógica, que se trata de obligaciones de medios, en la medida en que si los bienes alquilados, prestados o depositados, no se cuidaran adecuadamente o no se repararan (si ya hubiesen sufrido daño), el deudor estaría imposibilitado de cumplir con su obligación.

En decimocuarto lugar, y calificándola como una obligación de medios, Demogue cita el caso del mandatario o representante que promete trabajar con la debida prudencia para ocuparse de intereses ajenos (los del mandante).

¿Aquí cuáles serían los medios y cuáles los resultados? ¿Acaso en un supuesto de inejecución no tendrían que responder solamente quienes hubiesen actuado culposa o dolosamente? ¿Acaso podría conseguirse el objeto del mandato, si no se actuara ciñéndose a los términos de la relación contractual?

En decimoquinto lugar, y en sede de responsabilidad extracontractual, estima Demogue que un chofer sólo tiene una obligación de medios (la de actuar con prudencia), estando obligado a no causar daño a nadie.

Esta distinción es verdaderamente bizantina.

Más allá de lo relativo a los reglamentos de tránsito, vale decir a cuestiones de orden administrativo, es claro que para el derecho de Obligaciones interesará que el conductor no cause un daño a otro, pues será el hecho generador del daño aquél que originará la aplicación de los preceptos de responsabilidad extracontractual, en la misma medida en que si no hubiese daño no habría obligación que indemnizar.

Ahora bien, si el conductor causó daños a terceros, tendrá el deber de indemnizarlos, a menos que demuestre que el daño se originó sin su culpa o que obedeció a caso fortuito, a fuerza mayor o a culpa de la víctima, habiendo actuado dicho conductor con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

En decimosexto lugar, Demogue califica como obligaciones de resultados a aquellas derivadas de responsabilidad por riesgo creado, comprendiendo dentro de las mismas el supuesto de responsabilidad del comitente (decimoséptimo supuesto), de los hechos de los dependientes (decimoctavo supuesto), de los hechos de los animales (decimonoveno supuesto), de los daños producidos por las cosas (vigésimo supuesto), de la ruina de los edificios (vigésimo primer supuesto) y de los daños causados por menores de edad (vigésimo segundo supuesto).

FONDO EDITORIAL

Por nuestra parte, pensamos que dentro de la propia lógica de Demogue sería cuestionable la calificación de estas obligaciones como de resultados, pues los eventuales responsables, en los ejemplos a que hemos hecho referencia, tendrían que haber adoptado todas las precauciones del caso con el propósito de que no se produjeran daños a terceros respecto de aquellos bienes, animales, cosas, negocios o personas que tuvieran bajo su custodia o responsabilidad.

Posteriormente, en su vigésimo tercer supuesto, Demogue califica como obligación de resultados aquella que la ley impone al inquilino respecto del arrendador, en caso de que este último sufra las consecuencias de un incendio producido en el inmueble, considerando que ello debe ser así porque el inquilino ha prometido al arrendador un resultado, consistente en la restitución del inmueble.

No vemos en esta hipótesis ninguna obligación susceptible de calificarse como de medios o de resultados. Simplemente se puede decir que la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones obedece a una infracción de la obligación de conservar el bien de manera óptima (obligación de hacer) o, en todo caso, de la obligación de no hacer consistente en abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera implicar riesgo o peligro para la conservación del inmueble.

Aquí también se confunden los medios y los resultados. Ellos son imposibles de ser distinguidos. En todo caso, simplemente debe hablarse de obligaciones de hacer y de no hacer; y de si éstas se cumplen o no.

Más ilógico todavía resulta cuando Demogue distingue la obligación que acabamos de mencionar (que califica como de resultados) de aquella que tiene el inquilino respecto del vecino, en relación con los eventuales daños que le causara un incendio producido en el inmueble que ocupa (vigésimo cuarto supuesto). Demogue considera que en este caso el arrendatario no debe a su vecino un resultado, sino únicamente el tomar las medidas impuestas por la prudencia.

Pensamos que en este caso no son necesarias mayores consideraciones para combatir el planteamiento de Demogue, pues tal distinción obedece más al criterio de que la primera obligación es una nacida de fuente contractual, en tanto que la segunda proviene de fuente extracontractual, hecho que en este caso no puede conducirnos a otorgar soluciones jurídicas distintas a un mismo problema (todo ello, naturalmente, con prescindencia de la mecánica probatoria).

Independientemente de los supuestos calificados por Demogue como obligaciones de medios y de resultados, deviene en equivocada la idea expresada por él, compartiendo el parecer de Gabba, cuando estima que en todos los contratos que versen sobre los servicios de una persona experta, no nos encontraremos en presencia de una obligación de carácter contractual, pues dicho acto otorga al deudor la facultad de emplear su libertad, de modo tal que si hace un uso indebido de ella se configuraría un supuesto de responsabilidad extracontractual.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta distinción es contraria a la razón y al derecho. Para calificar a una obligación como contractual o extracontractual debe prescindirse de su contenido u objeto, ya que en estos casos lo importante es la fuente que le ha dado origen o nacimiento.

Resulta de evidencia palmaria que si la obligación ha nacido de un contrato, deberá calificarse como contractual, en tanto que si hubiera tenido origen en la ley, recibirá el calificativo de legal o extracontractual, ocurriendo lo propio respecto del calificativo que merece la inejecución de obligaciones originadas en el incumplimiento de obligaciones de uno u otro tipo.

Como vigésimo quinto supuesto, Demogue califica a la obligación que asume un abogado como una de medios —al igual que la del médico, supuesto ya mencionado por Demogue y del cual nos hemos empezado a ocupar en páginas precedentes—.

Es absurdo considerar que el abogado de conducta responsable asuma con su cliente una obligación de medios. Si de lo que estamos hablando (ya que pueden existir infinidad de variantes) es del caso en que el abogado se obliga a asumir la defensa de un cliente en un proceso judicial (típico ejemplo académico de nuestra tradición jurídica sobre este particular), dicho profesional se estará obligando —entre otras prestaciones— a un hacer, el mismo que consiste en defender a su cliente de acuerdo con sus conocimientos, aptitudes y capacidades, respetando las normas básicas que imponen el Código de Ética Profesional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las leyes procesales y sustantivas pertinentes.

Sin perjuicio de volver sobre el punto al tratar este tema, como singularmente ilustrativo, de la teoría del hecho ajeno (promesa de la obligación o del hecho de un tercero), es claro que el abogado cumple con ejecutar la obligación asumida, si es que se ciñe a aquello que ha sido materia de convenio con su cliente, con prescindencia del resultado del proceso judicial, vale decir, de si gana o pierde el juicio, o si se produce la culminación del mismo con una resolución que no ampare plenamente las pretensiones del demandante (o denunciante) ni del demandado (o denunciado).

¡Cuándo terminarán de entender algunos autores que en un supuesto de esta naturaleza tampoco puede hablarse de medios ni de resultados, ya que si se quisiera emplear esta terminología, las actividades desplegadas por el abogado (es decir los medios) constituirían a su vez el propio resultado, el mismo que no consiste en otra cosa que asumir una idónea defensa de su cliente en el proceso!

De otro lado, hace mal Demogue en expresar que las actividades de todo obrero (vigésimo sexto supuesto), sea del grado que fueren, constituyen una obligación de resultados.

Si lo que llevó al profesor francés a esta afirmación es el hecho de que la actividad del obrero implica un menor razonamiento que el del abogado o el del

médico, está equivocado, pues esta situación también resulta irrelevante, ya que lo que importa es que la obligación sea ejecutada. Aquí tampoco hay medios ni resultados. Simplemente hay una obligación que tiene que cumplirse.

Pero más grave es equiparar la actividad de cualquier obrero con la de un arquitecto (vigésimo séptimo supuesto), señalando que en este caso también la obligación será de resultados, pues dichos resultados pueden ser conseguidos de manera casi certera con la tecnología apropiada.

De esta última afirmación surgiría la interrogante de si en el fondo Demogue considera a las obligaciones de medios como aquellas cuyo resultado es incierto (pues, dada la tecnología existente, no se podría asegurar que el mismo se vaya a producir), en tanto que calificaría como obligaciones de resultados a aquellas «de cumplimiento casi certero» (siempre atendiéndose a los avances de la ciencia y de la tecnología).

Nada nos puede hacer predecir, por más avanzados que sean los medios con los que contemos, que, dentro de la distinción de Demogue, se va a llegar a cumplir un resultado. Y, además, avanzados o no que sean los medios, siempre se les tendrá que emplear como actividad, la que, en sí misma, constituye ejecución de la prestación debida (con lo que se entremezclan y confunden —una vez más— los inútiles conceptos de medios y de resultados).

Finalmente, Demogue concluye sus ejemplos con el de la obligación de dar un bien cierto (vigésimo octavo y último supuesto), que la considera como una obligación de resultados, y cuyo análisis ya hemos abordado en nuestras consideraciones preliminares sobre las obligaciones de medios y de resultados, antes de estudiar los veintiocho casos expuestos por el profesor francés. Por ello, remitimos al lector a lo expresado oportunamente.

Para concluir nuestros comentarios en torno al tema de las obligaciones de medios y de resultados, debemos subrayar que tal distinción nos parece inútil, en la medida en que todo deudor, cualquiera que sea su actividad, profesión, u oficio, se obliga a ejecutar una obligación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer. Y, precisamente, cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a que se obligó.

Los hombres de derecho no debemos partir del supuesto de que todas las personas, cuando contraen una obligación, asumen necesariamente un deber de conducta que deba ir más allá de lo que convengan como acreedor y deudor.

En el típico caso del médico, utilizado a manera de ejemplo por Demogue y comentado por nosotros en reiteradas ocasiones, consistente en el profesional que recibe en consulta a un paciente, es evidente que el paciente, el médico y la sociedad en su conjunto tienen el más ferviente deseo de que el paciente se cure de la dolencia que padece. Pero no deben confundirse estos buenos deseos con aquello que constituye el objeto de la obligación, pues el mismo consiste en hacer todo lo que esté al alcance de sus conocimientos para sanar al paciente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que esta confusión entre los buenos deseos de que se presente una situación posterior óptima condujo a Demogue, entre otras razones, a pretender diferenciar, jurídicamente hablando, los medios de los resultados, cuando medios y resultados son exactamente lo mismo, porque en el derecho de obligaciones, salvo determinados casos de excepción que serán analizados de inmediato, nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Esto equivale a decir que, también en el lenguaje jurídico, nunca podrá pagarse, en estricto, si no se ejecuta la prestación.

- **La obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto como supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones**

A lo largo de la última parte del Tomo I de la primera edición de nuestro *Tratado de las Obligaciones*,[132] analizamos la problemática de la transferencia de propiedad de los bienes en general, y, particularmente, la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto.

En esas páginas el lector pudo apreciar que el principio por el cual la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario de un bien inmueble cierto, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (recogido por el artículo 949 del Código Civil peruano de 1984), es un precepto que viene reiterando el mismo principio que acogió toda la legislación civil nacional, desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, pasando por los Códigos de 1852 y de 1936.

Pero dicho principio no nació en el derecho peruano, sino que tuvo su origen en el derecho francés, con el Código Napoleón. Esto obedeció a la enorme revalorización, luego del proceso revolucionario, del derecho a la propiedad privada, el mismo que fue mencionado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un derecho natural del hombre.

Por otra parte, cuando la estabilidad retornó a Francia, primero con el Directorio y luego con Napoleón Bonaparte, el derecho de propiedad fue consolidándose y se adoptó como el principal de los derechos naturales del hombre. Se podría decir que en los hechos se consagró su sacralización, tal como se había establecido en la Declaración referida.

Sin duda que como la libertad, la independencia y la seguridad económica exigían en Francia la existencia de un derecho de propiedad sólido y estable, el Código de 1804 elaboró todo el sistema de protección de las obligaciones y contratos, en absoluto resguardo del más importante derecho patrimonial sobre el que se construía esa nueva sociedad.

132 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 1994, volumen XVI, primera parte, tomo I, pp. 339-501.

De ahí que el *Code* estableció un principio absolutamente excepcional, el mismo que no tenía otra finalidad que asegurar una efectiva transferencia del derecho de propiedad.

De esta forma, los artículos 1182, 1582 y 1583 acogieron el principio por el cual cuando un deudor se obligaba respecto del acreedor a transferirle la propiedad de un bien cierto, dicha transferencia operaba acto seguido del nacimiento de la obligación de enajenar.

El sistema francés, con sus bondades y defectos, fue adoptado por la legislación civil peruana, probablemente sin mayor reflexión, pues los motivos que invariablemente han llevado al legislador a incluir esas normas, no han sido materia de discusión explícita en el derecho peruano.

Ahora bien, dentro de la línea de pensamiento que hemos asumido y expresado a lo largo de esta obra, en el sentido que los contratos —por sí mismos— no transfieren la propiedad de bienes, sino que ellos simplemente son creadores, modificatorios, regulatorios o extintivos de obligaciones, tenemos entonces que el contrato sólo debería ser capaz de crear la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto, pero no de transferir dicha propiedad.

Esto significa que cuando hablamos de la transferencia de propiedad, nos estamos refiriendo a la ejecución de la prestación debida.

Entonces pueden surgir, como de hecho surgieron, cuestionamientos: ¿cómo podría entenderse que la obligación de transferir una propiedad inmueble en el Perú constituye la ejecución de una prestación, si toda prestación consiste en una actividad humana de dar, hacer o no hacer?

Y ello obedece a que el artículo 949 del Código Civil prescribe que la propiedad inmueble se transfiere por la sola obligación de enajenar, sin que el deudor necesite ejecutar la prestación, la misma que se ve cumplida por la simple aplicación de la norma legal.

Lo expresado obedece a que el precepto nacional, por tener su fundamento en los textos franceses, entiende que tratándose de la más importante de las obligaciones susceptibles de ser asumidas por los seres humanos, no da oportunidad para que el deudor incumpla (sometiéndolo al régimen general de inejecución de obligaciones), sino que la propia ley —a través del artículo 949, en el caso peruano— da por ejecutada automáticamente la prestación.

Hemos querido mencionar el artículo 949 del Código Civil, pues el mismo constituye una excepción al cumplimiento de las prestaciones por parte de quienes asumen tal obligación, ya que en estos casos es la propia ley la que la ejecuta.

Finalmente, y como conclusión, el lector podrá apreciar que en este supuesto tampoco resulta posible hablar de obligaciones de medios y de resultados, ya que

EUGENIO MARIO GASTALVER FRAVRE

la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble se cumple por mandato de la propia ley, inmediatamente después de que se contrae tal obligación.

- **La promesa de la obligación o del hecho de un tercero como excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones**

Cuando criticamos la teoría de René Demogue sobre las obligaciones de medios y de resultados, nos referimos, entre otros, al ejemplo relativo a las obligaciones de los abogados para con sus clientes, como un caso ilustrativo.

No es que dicho tema constituya el único supuesto del razonamiento que vamos a efectuar en el análisis de las obligaciones de medios y de resultados, sino que, al ser uno de los más frecuentemente mencionados por la doctrina, y por tanto, de los más conocidos, nos da pie para abordar la materia.

Si la doctrina de derecho de contratos omite pronunciarse sobre el particular, valgan estas páginas para plantear la necesidad de una reflexión acerca del tema, a la vez que para emitir nuestro propio parecer.

Siguiendo un hilo conductor del problema, nos referiremos concretamente al caso del abogado que al asumir el patrocinio de un proceso judicial se obligue con su cliente a «ganar el juicio».

Aquí podría pensarse que Demogue tenía razón y que existen obligaciones de resultados (por oposición a las de medios), siendo este supuesto el de una obligación de resultados.

En una hipótesis como la descrita, no deseable dentro del campo de la ética profesional, pero común en la práctica, el abogado únicamente está prometiendo que su cliente vencerá en el proceso, vale decir, que su pretensión (si se tratara de un proceso civil, por ejemplo) será declarada fundada en última instancia, o que el cliente ganará el juicio por la ocurrencia de cualquier otra circunstancia que conduzca a similares resultados.

Existe una frase muy antigua en relación con los procesos judiciales, la misma que reza que «En un juicio no basta tener la razón, sino que a uno se la quieran dar». Esto significa que todo proceso judicial, por más sólidas razones jurídicas que una persona aduzca, implica necesariamente un grado de aleatoriedad, en la medida en que nadie puede tener la absoluta certeza que será vencedor. Esto porque ni las partes ni sus abogados son quienes se encargan de resolver el litigio. Las sentencias judiciales son pronunciadas por los magistrados y, por ello, son terceros en relación con las partes contratantes (abogado y cliente).

De esta forma, cuando el abogado promete a su cliente que vencerá en el juicio, no se trata de otra cosa que de la promesa del hecho de un tercero.

La promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un tema que ha merecido interesante regulación en los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Civil peruano de 1984, al igual que tuvo anterior tratamiento, entre otros, por el Código Civil francés, el Código Civil chileno, el Código Civil colombiano, el Código Civil ecuatoriano, el Código Civil venezolano de 1880, el Código Suizo de las Obligaciones, el Código Civil argentino de 1871, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil venezolano de 1942, el Código Libanés de las Obligaciones, el Código Civil de la Provincia de Québec y el Código Civil Boliviano de 1976, y luego por el Código Civil Paraguayo de 1987.[133]

133 Los textos de los referidos artículos son los siguientes:

- *Código Civil peruano de 1984*

Artículo 1470.- Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.

Artículo 1471.- En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Artículo 1472.- Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

- *Código Civil francés*

Artículo 1120.- No obstante, cabe garantizar la obligación de un tercero, prometiendo el hecho de éste; salvo indemnización contra aquel que haya garantizado o que haya prometido que se ratificará, si el tercero se niega a mantener la obligación.

- *Código Civil chileno*

Artículo 1450.- Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

- *Código Civil colombiano*

Artículo 1507.- Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

- *Código Civil ecuatoriano*

Artículo 1493.- Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

- *Código Civil venezolano de* 1880

Artículo 1082.- Puede uno obligarse para con otro, prometiendo el hecho de un tercero. Esta promesa sólo dá derecho a indemnización contra aquel que se ha obligado, o que ha prometido la ratificación del tercero, si este rehúsa cumplir la obligación.

- *Código suizo de las obligaciones*

Artículo 111.- Aquél que promete a otro el hecho de un tercero, está obligado a indemnización por causa de inejecución por parte de ese tercero.

- *Código Civil argentino de 1871*

Artículo 1163.- El que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato.

- *Código Civil italiano de 1942*

Artículo 1381.- Promesa de la obligación o del hecho de un tercero.- El que hubiere prometido la obligación o el hecho de un tercero queda obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se negara a obligarse o no cumpliera el hecho prometido.

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

En el Perú esta materia ha sido estudiada de manera muy prolija por el doctor Manuel de la Puente y Lavalle.[134]

Como señala el citado profesor, en doctrina existen hasta cinco posiciones respecto a cuál es el verdadero contenido de la obligación que asume el promitente de obtener que un tercero asuma a su vez otra obligación.

En una primera teoría, Messineo y Planiol y Ripert, entre otros, consideran que el promitente ofrece un hecho propio o una actividad propia, de obtener la asunción de la obligación por el tercero, constituyendo una obligación de hacer que, dentro de la terminología de Demogue, se calificaría como obligación de resultados.

- *Código Civil venezolano de 1942*

Artículo 1165.- El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido.

- *Código libanés de las obligaciones*

Artículo 226.- Esta regla (la de la relatividad de los contratos) no tiene excepciones desde el punto de vista pasivo: la promesa por otro obliga a su autor si él ha actuado como garante y si se ha comprometido a obtener el consentimiento del tercero; pero éste conserva toda la libertad para conceder o para rehusar su ratificación.

El rehusamiento de la ratificación no importa responsabilidad alguna para el tercero, pero convierte al garante susceptible de indemnización en razón de la inejecución del hecho que había asumido, expresa o tácitamente.

La ratificación retrotrae, en cuanto a los efectos entre las partes, al día del contrato; respecto a terceros, ella sólo es eficaz desde el día en que ha sido concedida.

- *Código Civil de la provincia de Québec*

Artículo 1028.- Una persona no puede, por un contrato en su propio nombre, obligar sino a sí misma y a sus herederos y representantes legales; pero puede prometer en su propio nombre que un tercero cumplirá una obligación, y en este caso será responsable de daños, si el tercero indicado no cumple con esta obligación.

- *Código Civil boliviano de 1976*

Artículo 531.- Si se ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, el promitente queda obligado a indemnizar al otro contratante, cuando el tercero rehúse obligarse a cumplir el hecho prometido.

- *Código Civil paraguayo de 1987*

Artículo 730.- El contrato celebrado a nombre propio, por el que se promete la prestación de un tercero, será obligatorio si el promitente hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento por parte de aquél. En la duda, se entenderá que sólo fue garantizada la ratificación. Prestada ésta, las relaciones entre el estipulante y el tercero serán juzgadas como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos.

Artículo 731.- Si en el caso del artículo anterior, no se ratifica la promesa o no se cumple la prestación ofrecida, el estipulante podrá exigir daños e intereses al promitente.

Si éste no hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento, sólo será responsable si no se ha ocupado de obtenerlos o si no se los obtuvo por su culpa.

- *Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) de 2015*

Artículo 1026.- Promesa del hecho de tercero. Quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa.

134 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado.* Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomo II, pp. 278-288.

Con un segundo criterio, Stolfi y Allara sostienen que la obligación del promitente sólo se cumple cuando el tercero, a su vez, cumple su obligación. Para ellos se trata de una obligación de procurar el hecho del tercero.

Una tercera opinión, sostenida por Ripert y Boulanger, afirma que la obligación tiene por objeto que el tercero consienta en obligarse o en hacer el hecho que se hubiere prometido.

La teoría que tiene mayor número de seguidores es aquella sostenida por Wieland, Carnelutti, Laurent, De Ruggiero, Salvat y Barassi, entre otros, la misma que pone énfasis en algo que las anteriores habían dejado en la sombra, es decir, la obligación de indemnizar que asume el promitente en caso de no poder cumplir con su ofrecimiento.

En quinto lugar, tenemos a la teoría planteada inicialmente en la doctrina francesa por Boulanger y en la doctrina italiana por Scalfi, recogida en Argentina por Spota y en España por Gullón Ballesteros, la misma que sostiene que el promitente asume una obligación de garantía, que consiste en la asunción frente al promisario del riesgo de que el tercero no cumpla.

Luego de exponer las teorías anotadas, De la Puente señala que ante la necesidad de tomar posición respecto de cuál es el contenido de la obligación del promitente, considera que la idea capital que debe servir de guía para llegar a una solución adecuada es que nadie puede crear una obligación a cargo de un tercero sin el asentimiento de éste, de tal manera que la obligación del promitente no puede ir más allá que comprometer su actividad para obtener el asentimiento del tercero frente al promisario.

Pero estima De la Puente que el asentimiento del tercero, por ser un acto volitivo de éste, no depende —en lo absoluto— del poder del promitente, ya que el tercero puede ser persuadido, pero no obligado, a asentir, por lo cual el promitente, ante su debilidad de asegurar el cumplimiento de su promesa, ofrece al promisario una prestación sustitutoria, que está constituida por la indemnización del daño que pueda sufrir el promisario por no obtener lo que el promitente le ha ofrecido en primer término, o sea el asentimiento del tercero.

De todo ello, el citado profesor concluye en que lo que ofrece el promitente al promisario, más que la obligación del tercero, es que éste preste su asentimiento a asumir una obligación, comprometiéndose el promitente a sustituir el asentimiento del tercero, en caso de no poder obtenerlo, con la indemnización del perjuicio que la falta de aquel asentimiento irrogue al promisorio.[135]

135 El primer estudio del doctor Manuel de la Puente y Lavalle sobre la materia concluye en cinco puntos, que resulta interesante reproducir:
«1. Es permitido que contractualmente una persona, llamada 'promitente', prometa a otra, llamada 'promisario', que un tercero asumirá una obligación frente al promisario, comprometiéndose el promitente a indemnizar al promisario si el tercero no cumple.

En una obra posterior, el propio De la Puente[136] manifiesta que el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero ha constituido para él un angustioso problema que ha intentado solucionar de diversas maneras.

Acto seguido de expresar su posición original, la misma que hemos reseñado anteriormente, anota que luego (en el año 1988)[137] varió en algo su planteamiento, opinando que, si bien el compromiso principal del promitente, o sea la obligación o el hecho del tercero, es una obligación de conducta —en el sentido que el promitente se compromete a hacer lo posible, en cuanto esté a su alcance, para convencer al tercero que se obligue frente al promisario o ejecute en su favor el hecho convenido—, como lo que busca el promisario al celebrar la promesa es conseguir para sí la obligación o el hecho del tercero y el promitente no está en aptitud de procurarle esto, no obstante lo cual se lo promete al promisario, quien es también consciente de la debilidad del promitente para cumplir lo prometido, existe un riesgo conocido de posibilidad de incumplimiento de la promesa.

Consideraba De la Puente que, a fin de cubrir el riesgo por él creado, el promitente ofrece al promisario una prestación que sustituya a la obligación o al hecho del tercero, en caso de no poder obtener éstos. El citado profesor estimaba que tal prestación sustitutoria es la indemnización de los perjuicios que sufra el promisario por no haberse logrado que el tercero se obligue frente a él o que ejecute el hecho en su favor. Decía De la Puente que mediante la ejecución de esta prestación sustitutoria el promitente cumple también su obligación, destacándose que el promitente quedará obligado a la prestación sustitutoria en caso de no obtener

2. El compromiso que asume el promitente es que el tercero preste su asentimiento a obligarse frente al promisario, y no a que el tercero cumpla la prestación en que tal obligación consista. Sin embargo, no existe inconveniente para que convencionalmente se estipule que la promesa del promisario comprenda el compromiso de que el tercero cumpla la prestación que consienta asumir.
3. La indemnización que el promitente se obliga a pagar al promisario en el caso de que el tercero no preste su asentimiento a obligarse frente al promisario tiene el carácter de prestación sustitutoria de aquella que el tercero no asumió.
4. La asunción de esta obligación sustitutoria determina que el promisario no podrá exigir la ejecución forzada de la prestación del tercero que el promitente prometió. Si el contrato entre el promitente y el promisario fuera de prestaciones correlativas, el promisario no podrá oponer la excepción del incumplimiento ni pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la prestación de obtener el asentimiento del tercero.
La ejecución forzada, si fuera posible, la excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento sólo procederán si el promitente no cumpliera la prestación sustitutoria constituida por la indemnización.
5. El promisario no podrá, salvo pacto expreso en contrario, reclamar al promitente el cumplimiento de la prestación que el tercero no hubiera asumido».

136 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, segunda parte, tomo VI, pp. 25 y ss.

137 El citado profesor se refiere a un trabajo de su autoría titulado «Algunas cuestiones sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero», que formó parte de la obra colectiva *Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet*, que fue publicada por Cultural Cuzco Editores en 1988.

la obligación o el hecho del tercero, aun cuando haya actuado con suma diligencia en su obligación de lograr el asentimiento del tercero.

Pero en su obra *El contrato en general* (en la primera parte, publicada en el año 1991), De la Puente estima que no llega a satisfacerle su antigua solución, porque encuentra que si lo que realmente promete el promitente al promisario mediante la promesa no es la obligación o el hecho del tercero, sino persuadir a éste para que lo haga, no es consecuente que, si por razones ajenas al promitente —que éste y el promisario conocen—, no se alcanza el resultado anhelado, la prestación sustitutoria tenga el carácter de indemnización de los daños y perjuicios que sufra el promisario por no haberse logrado que el tercero se obligue frente a él o ejecute el hecho en su favor.

Por ello es que en la referida obra emprendió un nuevo análisis del problema, ponderando sus factores.

Ante todo, debemos señalar que, De la Puente, luego de considerar los argumentos que existen a favor y en contra de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados, se manifiesta partidario de su pertinencia.

Es dentro de este orden de ideas, que al estudiar el tema expresa que el planteamiento que ahora propone para entender la mecánica de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, seguiría la siguiente lógica:

- Promitente y promisario celebran el contrato de promesa, el mismo que puede ser con prestaciones recíprocas, con prestaciones plurilaterales autónomas o con prestación unilateral;
- Una de las obligaciones, por lo menos, que asume el promitente frente al promisario, es la obligación principal de medios en virtud de la cual se compromete a actuar con la diligencia ordinaria requerida a fin de persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho a su favor;
- Si el promitente persuade al tercero, quedará cumplida su promesa del hecho ajeno;
- Si el promitente no persuade al tercero, deberá ejecutar en favor del promisario una determinada prestación accesoria o sustitutoria que se establecerá en el contrato;
- Si el promitente no actúa con la diligencia ordinaria requerida en el cumplimiento de su obligación principal o en la ejecución de la prestación sustitutoria, deberá indemnizar al promisario los daños y perjuicios que con ello le cause;
- Si la promesa del hecho ajeno no se cumple por imposibilidad del tercero, el promitente queda liberado de su obligación principal y de su prestación sustitutoria, sin responsabilidad alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posteriormente, en el estudio de los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil, como resulta natural, De la Puente asume con fidelidad las doctrinas expuestas.

Por nuestra parte, pensamos que el tema resulta sumamente polémico y que sobre el mismo es posible esbozar más de una interpretación. Si bien el estudio efectuado al respecto por el doctor Manuel de la Puente y Lavalle resulta minucioso e inteligente, nos permitimos discrepar de tan ilustrado parecer.

El tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero surge para el derecho y es recogido por el Código Civil peruano de 1984, dentro del marco de algunas figuras en las cuales se produce cierta apertura de la estricta aplicación del principio *res inter alios acta*, en conjunto con el contrato por persona a nombrar y el contrato en favor de tercero.

El Código Civil de 1984, independientemente de regular la promesa de la obligación o del hecho de un tercero dentro de la parte general de contratos (artículos 1470, 1471 y 1472), emplea esta figura de manera directa y específica únicamente al tratar en el contrato de compraventa, en el contrato de donación y en el contrato de arrendamiento, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, cuando el promitente promete al promisario que el tercero (propietario del bien) celebrará con dicho promisario el respectivo contrato de compraventa, donación o arrendamiento.

La materia ha merecido un profundo debate en la década pasada.[138]

En lo que respecta al derecho de obligaciones, interesa recordar que el artículo 1537 del Código Civil trata acerca de un típico caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero:

> Artículo 1537.- 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.

Puede apreciarse, en consecuencia, que los elementos del supuesto planteado por el artículo 1537 son los siguientes:

138 El debate a que hacemos referencia se dio entre el doctor Manuel de la Puente y Lavalle y uno de los coautores del *Tratado de las Obligaciones*. En tal sentido, recomendamos al lector la consulta de las siguientes obras: Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 1990, pp. 155-168, 273 y 274, y 291-293; De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, primera parte, tomo III, pp. 429-441; Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, volumen XIII, pp. 309-318; De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pp. 76-79; Castillo Freyre, Mario. *El contrato de compraventa en el Código Civil peruano de 1984*. Tesis con la que optó el grado académico de doctor en Derecho el 8 de julio de 1999 en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 658-694; Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo II, pp. 395 y ss.

- Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de la obligación de dar es ajeno;
- Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de este bien ajeno;
- Este compromiso se regirá de acuerdo con los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil.[139]

139 Como es evidente, en el caso del artículo 1537 no estamos ante un contrato de venta de bien ajeno; es más, no estamos frente a un supuesto de compraventa. Por lo tanto, esta norma nunca debió ser incluida dentro del título relativo al contrato de compraventa, puesto que constituye un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; un caso más de los que son susceptibles de comprender los artículos 1470, 1471 y 1472. Es evidente que la naturaleza jurídica de ambas figuras (la compraventa y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), difieren sustancialmente.
Para esclarecer el alcance del artículo 1537 del Código Civil de 1984, consideramos pertinente ilustrar el tema con dos ejemplos.
El primero será el de una promesa de la obligación de un tercero.
César, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, se obligará a transferirle su propiedad (se lo venderá) en el plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.
Si José no se obliga dentro del término estipulado con Juan a transferirle su propiedad, entonces César habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, de acuerdo con el artículo 1470, César estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.
Nuestro segundo ejemplo versa sobre una promesa del hecho de un tercero.
César, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, le transferirá efectivamente su propiedad (a través de la entrega, de acuerdo con el artículo 947 del Código Civil), en el término de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.
Si José no se obliga, o si se obliga, pero no transfiere a Juan la propiedad de la cosa en el plazo estipulado, entonces César habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, al igual que en el ejemplo anterior, y de acuerdo con el mismo artículo 1470, César estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.
Como podemos deducir, la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es aplicable a la casi totalidad de contratos en la legislación civil vigente en el Perú.
De lo expuesto también podemos inferir que frente a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es susceptible de comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituir un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.
Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra —muy diferente— es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que sólo hay contrato de compraventa en este caso y que en el primero lo que tenemos es la promesa de una obligación de un tercero.
Así, hemos llegado a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato independiente de la naturaleza de cualquier otro contrato.
Sin embargo, existe estrecha relación entre el contrato de venta de bien ajeno y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.
Para no dejar suelta una idea que luego nos podría traer dudas, vamos a analizar qué es lo que implica el contrato de venta de bien ajeno en estricto; es decir, cuando comprador y vendedor conocen que el bien no pertenece a este último.
¿Qué implica que el vendedor se obligue frente al comprador a transferirle la propiedad de ese bien? ¿Qué espera ese comprador al aceptar la obligación del vendedor, sabiendo que al momento de contratar, no tiene la facultad de transferirle la propiedad del bien?

EDITORIAL GRIJLEY

Respecto al tema de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, también interesa recordar que el artículo 1627 del Código peruano (norma propia del contrato de donación) tiene similar estructura que la del numeral 1537, relativo al contrato de compraventa:

> Artículo 1627.- El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiera gratuitamente la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472.

Por lo tanto, sus elementos serán muy similares que los del artículo 1537, es decir:

- Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar es ajeno;
- Ambas partes acuerdan que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera gratuitamente la propiedad de ese bien ajeno;
- Este compromiso se regirá de acuerdo con los artículos 1470, 1471 y 1472.[140]

El vendedor, como ya lo expresamos, se obligaría a transferir, él mismo, al comprador, la propiedad del bien, y el comprador es consciente de que adquirirá su propiedad porque el vendedor se la transferirá, y no en virtud de un título distinto.
Es por esta claridad en la figura, que hemos descartado que ella sea una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es un contrato de compraventa.
Pero, sin embargo, vamos a tocar ciertos aspectos del tema que son, a nuestro entender, los que hacen que se confundan ambas figuras.
Al contratar una venta de bien ajeno en estricto, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero, entonces propietario del bien, transfiera previamente a este último su propiedad, ya sea por medio de un contrato que genera la obligación de transferir propiedad o por otra causa.
Obviamente, si el comprador contrata en esas condiciones, es porque confía en que el vendedor logrará que el tercero le transfiera la propiedad de ese bien.
De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.
Pero nos reafirmamos en la existencia del contrato de venta de bien ajeno en estricto, y lo distinguimos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, admitiendo que si ese tercero no se obliga o no verifica ningún acto para que el vendedor se convierta en propietario del bien, éste no podrá cumplir con aquello a que se ha obligado en el contrato de compraventa. Por lo tanto, en el contrato de venta de bien ajeno, la labor del tercero también resulta indispensable para que el vendedor pueda cumplir con sus obligaciones nacidas de ese contrato.
En caso que el bien vendido sea ajeno y el comprador conozca tal situación, el vendedor, para cumplir con su obligación, deberá, obviamente, transferirle la propiedad de ese bien y —para ello— haber logrado antes que el propietario, al momento de la celebración del contrato con el comprador, se lo transfiera con posterioridad a dicha celebración.
En estos casos, podría caber la equivocada interpretación de asimilar esta figura a la de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues aquí el comprador sabe que la cosa es ajena y que el vendedor debe transferirle su propiedad.
Naturalmente resultaría posible que un caso similar encuadre dentro de lo que constituye la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero la naturaleza de ambas figuras, lo reiteramos, es distinta.

140 Consideramos de similar impertinencia la inclusión del artículo 1627, como lo es la del artículo 1537, ya que no constituiría un supuesto de donación, sino un caso más de promesa de la obligación

Por otra parte, debemos mencionar que el tercer precepto donde el Código peruano intenta establecer un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es el artículo 1671, relativo al contrato de arrendamiento, norma del texto siguiente:

> Artículo 1671.- Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Los elementos del citado artículo son los siguientes:

- Se ha celebrado un contrato de arrendamiento;
- El bien objeto de la prestación contenida en la obligación de dar del arrendador en este contrato es ajeno, es decir que no pertenece al arrendador;
- El arrendatario conocía, al momento de celebrar el contrato, el carácter ajeno del bien;
- El contrato se regiría por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472, es decir por las normas relativas a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (y no por las propias del contrato de arrendamiento).[141]

Estudiando en su conjunto al Código Civil respecto de esta materia, se llega a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura o mecanismo contractual a través del cual el promitente puede prometer al

---

o del hecho de un tercero. Por tal razón resultarían aplicables al caso, *mutatis mutandis*, los comentarios hechos a pie de página acerca de este último numeral.
Otro aspecto interesante de resaltar es que el Código de 1984, a pesar de incluir en el Título relativo a la donación una norma parecida al artículo 1537, no efectúa en ese Título similar regulación que la dispuesta en los artículos 1538, 1539, 1540 y 1541. De esta forma, si el artículo 1537 produjo una serie de malas interpretaciones que nunca debieron generarse, el artículo 1627 causa aún peores confusiones, pues no está sucedido por normas de similares características de las que acompañan al artículo 1537 y que —en cierta forma— aclaran el panorama respectivo (nos referimos a los artículos 1538 a 1541 del Código nacional).

141 Como puede apreciarse del último de los elementos mencionados del artículo 1671, el Código Civil no sólo no contempla expresamente el contrato de arrendamiento de bien ajeno, en estricto, sino que establece de manera taxativa que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería el que ambos contratantes supiesen que el bien es ajeno), el contrato de arrendamiento que han querido 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. Esto, aparte de ser incongruente con la obligación del artículo 1671, resultaría absurdo.
Lo que está haciendo el Código Civil peruano de 1984, a través del artículo 1671, es desnaturalizar la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, hecho que se pone en evidencia con su redacción. Pareciera que, en este contrato, el recelo mostrado por el legislador en el caso de los contratos de compraventa y donación se hubiese acentuado por razones que desconocemos, viéndose en la necesidad de restringir su campo de aplicación hasta llegar a desnaturalizarlo por completo.
Por otra parte, debemos señalar que, si bien el subarrendamiento representa un caso en el cual se arrienda, por parte del arrendatario a un tercero, un bien ajeno, este contrato supone la existencia de un contrato previo de arrendamiento, requiriendo el consentimiento escrito del arrendador, y siendo una figura perfectamente distinguible, contemplada en gran cantidad de legislaciones extranjeras y que es recogida por el artículo 1692 del Código Civil.

promisario que un tercero asumirá con respecto de este último cualquier obligación posible y lícita, o que dicho tercero realizará cualquier acto de las mismas características.

Sin embargo, nosotros no coincidimos con ninguno de los pareceres esbozados por la doctrina de nuestra tradición jurídica sobre su naturaleza.

Si bien, por una parte, resulta seductora la posición que sostiene que estamos frente a una obligación de garantía (pues si el tercero no cumple el hecho o no se obliga de acuerdo con lo prometido por el promitente, este último deberá indemnizar al promisario), por otra parte también reviste interés el último planteamiento de Manuel de la Puente, en el sentido de que el promitente, además de lo señalado, asume el deber de actuar con la diligencia ordinaria requerida con el propósito de persuadir a ese tercero a fin de que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho en su favor. Pero los planteamientos estudiados merecen algunas objeciones de fondo.

La primera estriba en que el promitente nunca está prometiendo la realización de una prestación propia, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, pues aquello que constituye objeto de la promesa, es decir, objeto de la obligación del promitente, es que el tercero haga algo o se obligue a algo (previamente convenido entre promitente y promisario).

Es probable que, en un caso de esta naturaleza, el promitente despliegue determinadas actividades a fin de lograr que el tercero realice el hecho o contraiga la obligación. En buena cuenta, podría interesar al promitente ejecutar estas gestiones, si ellas van a conducirle a obtener un resultado positivo respecto de aquello que ha prometido.

Pero debe quedar en claro que el promitente no está prometiendo que él mismo hará algo, vale decir que no está obligándose a la ejecución de una prestación propia, sino a que se ejecute una prestación ajena. Así, si hiciera algo no es porque ese hacer constituya objeto de su obligación, sino que actuaría por considerarlo conveniente a sus intereses, pues bien podría mantenerse en total inactividad, lo que equivale a decir que no hiciera absolutamente nada y; no obstante ello, se produjera el hecho o la obligación del tercero.

Indudablemente la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura que no puede ser explicada dentro de los cánones habituales del derecho de obligaciones y contratos, partiendo de la idea de que en este caso se produce el quebrantamiento de la existencia de la prestación, entendida como la actividad que debe realizar el deudor para pagar, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.

Decimos esto porque en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no debe dar, hacer o no hacer absolutamente nada, ya que simplemente ha prometido que se producirá la obligación o el hecho del tercero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el lector podrá preguntarse ante una situación de esta naturaleza, si el compromiso asumido por el deudor (promisario) no consistiría exactamente en una obligación civil, ya que ésta tiene por objeto una prestación, y en este caso no la habría.

Ello es cierto, ya que si se quisiera explicar el fenómeno de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero a través de las doctrinas tradicionales, o cederíamos a la tentación de calificar a este contrato como uno de garantía, o necesariamente tendríamos que ingresar al terreno de las obligaciones de medios y de resultados, distinción que combatimos.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica del compromiso asumido por el promitente?

El promitente asume para con el promisario el deber jurídico de contenido patrimonial consistente en que un tercero se obligue o realice un hecho determinado. Debemos poner énfasis en que se trata de un deber jurídico y no sólo de un deber moral, pues se crea un vínculo, reconocido por el derecho, a través del cual el promitente sólo cumplirá cuando se produzca el hecho ajeno o la obligación ajena.

Pero este deber jurídico de contenido patrimonial, con características atípicas que podrían integrar una clasificación más de las obligaciones y deberes, carece de prestación propia, ya que aquí el promitente (deudor), en estricto, no debe realizar absolutamente nada para que la prestación del tercero se cumpla (para que el tercero se obligue o haga algo).

Pensamos que el derecho debe reconocer que en estos casos estamos en presencia de una obligación *sui generis*, pues no tiene prestación propia sino prestación ajena, y el tercero no se encuentra obligado a cumplir con ella.

El segundo elemento que nos resulta de interés, y que respalda el criterio de que el deber jurídico aludido no deja, en rigor, de ser una obligación, es que la figura posee indudablemente el elemento de coerción, propio del derecho de obligaciones.

Nos explicamos.

Si la promesa asumida por el promitente, cuando fuere incumplida, no acarrease ninguna consecuencia jurídica, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero no sería algo distinto de un deber moral, pues sería irrelevante que se cumpliera o no lo prometido (en cuanto a las consecuencias jurídicas respecto del deudor promitente). A éste le daría lo mismo si se cumple o incumple el objeto de la promesa, porque en caso de incumplimiento no se vería expuesto a sanción alguna.

Es claro que, si alguien promete algo, sin la existencia de una contraprestación que ejecute el promisario a favor del promitente, no habríamos salido del campo de los deberes morales. Todo esto se reduciría a un conjunto de «buenas intenciones», que no merecerían que el derecho se detenga a analizar y a dar sustento.

ESTUDIO MARIO CASTRO FIESTAS

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el cual el promisario sí asumiese frente al promitente la obligación de pagarle una contraprestación, si es que el tercero ejecutara o se obligara a lo prometido por el promitente.

En este caso, el ejemplo ya se acercaría más a uno con contenido jurídico, pues el compromiso asumido por el promitente, de tener éxito, va a merecer una compensación o retribución por parte del promisario.

Pero el tema todavía no se encontraría completo, en la medida que se hubiera pactado que, si el tercero no ejecutara el hecho prometido o no se obligara, el promitente no debiese pagar absolutamente nada al promisario. Una situación así podría cuestionarse en el sentido de si podría formar parte del derecho de obligaciones, en la medida que el tema carecería del elemento de coerción, ocurriendo —en la práctica— que el promitente deudor podría —tranquilamente— «dejar de cumplir», perdiendo el derecho a la contraprestación convenida, pero viéndose libre de cualquier deber indemnizatorio frente al promisario.

Sin embargo, hemos empleado una expresión condicional para referirnos a si este caso formaría parte del derecho de obligaciones, en tanto que al no haberse obligado el promitente a la ejecución de una prestación propia, sino a una prestación ajena, dicha prestación, en lo que respecta de las actividades propias del promitente, sería una prestación vacía.

Así, visto el tema desde esta perspectiva, no repugnaría al derecho que el promitente, ante el incumplimiento de su promesa, no tenga deber alguno de indemnizar al promisario.

Sin embargo, admitimos que una situación como la descrita resultaría altamente discutible. Pero la regulación que el Código peruano ha dado al tema nos releva de tener que plantearnos un supuesto como el que acabamos de anotar, en la medida en que a través del artículo 1470 se establece que el promitente quedará obligado a indemnizar al promisario si es que no se llegara a cumplir lo prometido. Es más, el artículo 1472 establece que incluso podría pactarse de manera anticipada el monto de dicha indemnización.

Resulta, no obstante, discutible que el artículo 1471 establezca que la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. Decimos esto, porque la expresión «sustitutoria» nos hace recordar la mecánica de las obligaciones facultativas, en donde existe una prestación principal y una accesoria, debiendo el deudor cumplir con la prestación principal, pero teniendo la facultad de sustituirla con la accesoria.

Sin embargo, en la obligación facultativa la sustitución a que hemos aludido no opera de manera subsidiaria, ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, pues si la prestación principal fuese nula o imposible de cumplir, la obligación facultativa se extinguiría, aunque la prestación accesoria fuera válida o posible de cumplir (argumento del artículo 1160 del Código Civil peruano).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no goza de esa facultad de sustitución en el pago, ya que mientras esté vigente el plazo pactado para que se produzca el cumplimiento de la obligación o el hecho del tercero, el promitente no podría liberarse pagando la «indemnización» sustitutoria.

De lo expuesto podemos concluir que la prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no es una prestación que represente una alternativa para el pago.

Nos queda claro que, de no cumplirse la obligación o el hecho del tercero, el promitente deudor deberá pagar la indemnización, como una especie de sanción, no precisamente resarcitoria, como veremos más adelante. Pero también resulta claro que, si se incumpliera lo prometido y se pagara la indemnización, el promitente deudor habría cumplido, pero no aquello que prometió, pues el tercero ni se obligó ni realizó acto alguno.

El promitente paga la prestación indemnizatoria con carácter subsidiario, ya que el derecho entiende que, si él no tenía, dentro de la esfera de sus posibilidades, la de cumplir por sí mismo con aquello que prometió, si no se produce el hecho o la obligación del tercero, dicha promesa incumplida (por más que haya implicado una prestación ajena) no podría quedar impune. De ahí que se prevea la referida prestación sustitutoria, que, en realidad, como se ha dicho, tiene carácter subsidiario, la misma que sí implica una prestación en sentido estricto, pues puede y debe ser ejecutada por el promitente deudor.

La denominada prestación sustitutoria no tiene carácter indemnizatorio, aunque así la califique el Código Civil, por cuanto entendemos que no está destinada a resarcir daños y perjuicios, sino simplemente a reemplazar la promesa que no se ha podido cumplir.

Por ello, nada tendría de extraño que la denominada prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, consista en bienes distintos al dinero, o, incluso, en prestaciones de diversa naturaleza, ya sean de hacer o de no hacer. Éste es, sin duda, otro rasgo importante que distingue a este tipo de obligaciones de aquellas de carácter resarcitorio, las mismas que —por regla general y salvo casos de excepción como los de una cláusula penal— siempre consistirán en dinero.

De lo expuesto también puede deducirse que cuando en virtud de lo establecido por el artículo 1472 del Código peruano se pacta anticipadamente el monto de la indemnización, dicho convenio no tiene la naturaleza jurídica de una cláusula penal, pues su función, igualmente, no sería resarcitoria, sino meramente compensatoria.

Uno de los temas que resulta imprescindible abordar al referirnos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es el de la responsabilidad por el incumplimiento de dicha promesa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De acuerdo con los principios generales que inspiran la figura bajo estudio y, en especial, el contenido de los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil, queda claro que es regla general que, en caso de incumplimiento de la promesa, el promitente deudor tiene que ejecutar la prestación subsidiaria (mal llamada sustitutoria). Pero lo que no se encuentra explícito es si dicha prestación subsidiaria deba pagarse sea cual fuere la causa que hubiese ocasionado el incumplimiento de la promesa.

Estamos planteando, en buena cuenta, el tema de que una circunstancia no imputable al promitente, sobreviniente a la celebración del contrato, determinase que al tercero le fuese imposible cumplir con el hecho o no pudiera contraer la obligación que constituye el objeto de la promesa.

El doctor Manuel de la Puente y Lavalle[142] sostiene que, si éste fuere el caso, la obligación principal (vale decir, el cumplimiento de lo prometido) quedaría extinguida por aplicación del artículo 1316 del Código Civil, cuyo principio general es que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Entendemos que estos serían los sanos principios aplicables al caso, pues la promesa debería seguir, si se quiere de manera indirecta, la suerte de la prestación que constituye el objeto de dicha promesa.

Esta afirmación obedece a que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero contiene una «prestación» que hemos denominado como «vacía», en el entendido de que en estricto no existe prestación alguna, ya que quien es deudor y promitente no se encuentra obligado a ejecutar ninguna prestación propia.

Ahora bien, teniendo en consideración lo expuesto, resultaría injusto que el promitente tuviera que responder por la imposibilidad de la promesa cuando ella obedeciera a caso fortuito, fuerza mayor o a alguna causa que no fuera imputable al deudor promitente.

Sin embargo, debemos precisar que cuando nos referimos a causa no imputable al deudor promitente, aludimos exclusivamente al hecho de que sin su culpa deviniera en imposible la ejecución de la prestación ajena (por ejemplo, que muriese el tercero antes de vencido el plazo pactado entre promitente y promisario para que dicho tercero ejecutara el hecho o contrajese la obligación).

En relación con el tema de la diligencia ordinaria, cabe expresar que resultará absolutamente indiferente, para estos efectos, si el deudor promitente actuó o no con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

142 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, segunda parte, tomo VI, pp. 87 y 88.

Ello queda claro, en la medida que tal promitente no se ha obligado a la ejecución de un acto propio, de modo que no podría exigírsele que actúe con diligencia, cuando ni siquiera está obligado a desplegar actividad alguna, como ya ha sido expresado.

Eso significa que podríamos encontrarnos en el caso extremo de un deudor que realizara todos los actos que se encuentren a su alcance para lograr que se haga efectivo el hecho o la promesa por parte del tercero y si, a pesar de ello, el tercero no cumpliese con el hecho o no contrajera la obligación, el promitente deudor habría incumplido la promesa y, en razón de ello, tendría que ejecutar la prestación de carácter subsidiario.

Ahora bien, más allá de lo expresado en estas páginas, nada impediría que el promitente deudor pactase con el promisario acreedor que el primero asuma las consecuencias si la prestación objeto de la promesa deviniese en imposible por causa no imputable, incluyendo, por cierto, el caso fortuito o fuerza mayor. Este convenio ampliatorio de responsabilidad sería perfectamente lícito conforme al artículo 1317 del Código Civil.

Para finalizar nuestras apreciaciones sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, debemos subrayar que la importancia de haber abordado este tema se deriva del típico ejemplo del abogado litigante, en la modalidad de aquel que promete a su cliente un «resultado», vale decir que vencerá en el proceso.

En síntesis, podemos afirmar que en este caso queda claro que los medios y los resultados se confunden, no existiendo distinción o línea divisoria alguna entre ellos, dado que dicho abogado ha prometido a su cliente un hecho cuya dación no depende del citado profesional, sino de terceros, vale decir de los magistrados que resuelvan la causa.

- **A modo de conclusión**

Para concluir con lo relativo al tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil, hemos querido exponer la teoría de René Demogue, que dio nacimiento a esta materia, y luego citar las posiciones esbozadas por la doctrina, pero fundamentalmente hemos deseado dejar en claro nuestra tesis adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que pudieran ser de medios y otras que pudieran ser calificadas como de resultados.

Para combatir a Demogue hemos recurrido a analizar puntualmente todos los supuestos en que dicho profesor basó su teoría. De ello queda claro que resulta artificiosa la distinción, ya que toda obligación implica necesariamente la existencia de un objeto denominado prestación, la misma que el deudor va a tener que ejecutar a favor del acreedor; y esa prestación —forzosamente— será de dar, de hacer o de no hacer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello hemos subrayado que la ejecución de las prestaciones no es algo que se origine «por arte de magia», sino que necesariamente implicará la realización de actividades por parte del deudor.

Esas actividades no constituyen otra cosa que la ejecución o pago de una obligación civil. De allí que si la obligación se ejecuta como aspira el derecho, estaremos en presencia de un cumplimiento idóneo, y, en la medida que el mismo se aleje de dicha idoneidad, entraremos al terreno del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, simplemente, habremos llegado al campo de la inejecución total de la obligación.

Así, la ejecución de una prestación no puede ser vista como medio para cumplir, pues ejecutar una prestación constituye el cumplimiento propiamente dicho de la misma.

En consecuencia, no es que hayan medios y ulteriores resultados. Si se percibe al medio como algo independiente del resultado, llegaríamos al absurdo de sostener que una prestación se cumple o ejecuta (medio) pero que no se paga (ausencia de resultado).

El derecho de obligaciones se ciñe estrictamente a aquello que ha sido convenido por las partes, de modo tal que no es otro el régimen de cumplimiento.

Sin embargo, en el tratamiento del tema de las mal llamadas obligaciones de medios y de resultados, hemos desarrollado caso por caso el ensayo de Demogue, con el fin de demostrar lo artificioso de esa distinción.

Y también hemos expuesto, con el propósito de evitar malos entendidos, dos temas que han concitado nuestra particular atención: la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Ocurre que la obligación de transferir la propiedad de un inmueble cierto, como lo hemos expresado, constituye en el Perú un supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones.

Recuérdese, al respecto, que el artículo 949 del Código nacional establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Esto significa que la obligación de transferir la propiedad, excepcionalmente tiene por objeto una prestación que no va a ser ejecutada por el deudor, sino que la propia ley la da por ejecutada inmediatamente después de haber nacido, prestación *sui generis* (que hasta podríamos denominar «vacía») que constituye una situación atípica con base en razones históricas propias del nacimiento y contexto del Código Civil francés, las mismas que se instalaron en el derecho peruano desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El segundo supuesto de excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones que hemos abordado es el relativo a la promesa de la obligación o del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hecho de un tercero, materia de la que el Código nacional se ocupa prolijamente —como en su oportunidad lo señalamos— en sus artículos 1470, 1471 y 1472.

Dentro del análisis que hemos efectuado sobre la materia, existe un punto que podría llevar al lector a considerar equivocadamente que en este caso podríamos estar ante un supuesto de obligaciones de resultados (por contraposición a las llamadas obligaciones de medios).

Y es que en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero el promitente cumple frente al promisario cuando se produce el hecho ajeno o cuando el tercero se obliga. Pero, tanto en uno como en otro caso, el promitente deudor ha prometido algo que él mismo no va a ejecutar y, además, puede decirse con fundamento que ha prometido algo cuya ejecución se encuentra total y absolutamente fuera de su alcance, lo que más allá de razones fácticas se explica objetivamente en no haberse obligado a la ejecución de una prestación propiamente dicha.

Pero en el caso de la promesa de la obligación o el hecho de un tercero tampoco hay medios ni resultados, en estricto. Únicamente hay cumplimiento con la realización del hecho por parte de una tercera persona o cuando ese tercero contraiga una obligación con el promisario.

Se trata de un apasionante tema que si bien es propio del derecho de los contratos, resulta indispensable abordarlo en derecho de obligaciones, para salvar cualquier objeción en torno de las supuestas obligaciones de medios y de resultados.

Por lo demás, estos dos casos de excepción (la obligación de transferir propiedad y la promesa) tienen autonomía conceptual propia y características históricas *sui generis*, que de manera alguna pueden conducirnos a apreciarlos fuera de su contexto o, menos aún, a extraer de ellos conclusiones indebidas.

Como corolario de todo lo expuesto, debemos subrayar que si se aceptaran las diferencias esbozadas por un sector de la doctrina entre obligaciones de medios y de resultados, ello afectaría considerablemente el tema probatorio en caso de inejecución de obligaciones.

Sin embargo, como tal distinción es artificiosa, la prueba debe efectuarse de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil peruano de 1984, vale decir, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 1329, 1330 y 1331 de dicho cuerpo sustantivo.[143] En tal sentido, fue claro para el legislador nacional que tal distinción resulta ficticia, razón por la cual no la aceptó.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

143 Los textos de los referidos artículos del Código Civil argentino de 1871, son los siguientes:
Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.
Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

I. Obligaciones ambulatorias o *propter rem*

Guillermo A. Borda[144] se refiere a las obligaciones ambulatorias o *propter rem*, a las que atribuye una naturaleza especial, cuya estrecha vinculación a un derecho real les da una fisonomía propia.

Sus características esenciales, señala Borda, son las siguientes:

(a) Tanto el acreedor como el deudor son titulares de un derecho real, sea sobre la misma cosa, sea sobre dos cosas vecinas. Por eso ha podido decir Aberkane que la obligación *propter rem* une a los titulares de dos derechos rivales; se resuelve este conflicto instituyendo entre los derechos una coexistencia pacífica y un *modus vivendi* aceptable.

(b) Puesto que la obligación *propter rem* está siempre vinculada a un derecho real, se transmite junto con ese derecho. El enajenante queda liberado de la obligación que pasa al adquirente. Por eso son llamadas obligaciones ambulatorias. Otra consecuencia de este carácter es que el deudor puede liberarse de su obligación haciendo abandono de la cosa.

(c) La obligación *propter rem* es propiamente una obligación y no un derecho real, porque el sujeto pasivo debe dar, hacer o no hacer, y porque responde de su cumplimiento con todo su patrimonio.

Se ha discutido si la obligación que pesa sobre el poseedor de una casa hipotecada es *propter rem*. Para la teoría clásica, éste era precisamente el ejemplo típico: la obligación de responder pesa sobre el tercero poseedor, cualquiera que sea; se transmite junto con el dominio; está limitada al valor de la cosa. A lo que se ha replicado que la única obligación del tercero poseedor es la de guardar una actitud pasiva; cumple con lo que la ley pide de él, limitándose a dejar hacer; no está obligado con el resto de su patrimonio. En suma, la ley no lo obliga a pagar, sino a dejar que el acreedor se cobre haciendo ejecución de su bien, y aunque no haga manifestación positiva de abandono, el acreedor no puede dirigirse contra sus otros bienes.

Llambías[145], continuando con el tema, expresa que las obligaciones *propter rem* constituyen una hipótesis muy interesante de indeterminación relativa del sujeto, activo o pasivo. Ellas también son llamadas obligaciones ambulatorias.

Sostiene Llambías que en rigor no hay indeterminación del sujeto, sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento de la vida y de la obligación en que se la haga valer. Citando a Alsina Atienza, dice que

> El crédito de deuda nace, subsiste o se extingue, junto con la relación de señorío mencionada; si el acreedor o deudor *propter rem* deja de estar en

144 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 16 y ss.

145 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 22 y ss.

> dicha relación con la cosa, sea porque la abandona, o porque la enajena, o porque otro venga a entrar en ella originariamente, o porque la cosa desaparezca haciéndose imposible la relación de señorío respectiva, el acreedor o deudor quedan desligados, por lo menos para lo sucesivo, de la obligación *propter rem*, y ésta se desplaza hacia el nuevo dueño o poseedor; por lo que se habla a menudo de que la obligación es ambulatoria.

En nuestra opinión, las obligaciones *propter rem* tienen todas las características de una obligación civil, aun cuando se encuentran vinculadas a los Derechos Reales. En esta clase de obligaciones el deudor nace, necesariamente, como determinado, pero es posible que finalmente, al cumplirse la obligación, ella sea exigida a una tercera persona, inicialmente indeterminable que, en ese momento, tendría que responder por la deuda originaria.

Vamos a referirnos al caso clásico de la hipoteca. Una persona grava un bien de su propiedad con hipoteca, en garantía de una obligación que está contrayendo con su acreedor, quien por lo tanto tiene la condición jurídica de acreedor hipotecario. Luego, antes del vencimiento de la obligación, el deudor transfiere el bien a un tercero. Al tiempo de vencimiento de la obligación, si no se acude con la prestación al acreedor, éste tendrá el derecho de exigir la acreencia y, en caso de que no sea satisfecha, de hacer efectivo el crédito hipotecario realizando el inmueble. En esta clase de obligaciones existiría un deudor inicial, identificado, cuya prestación estaría garantizada con hipoteca; pero no se tendría la certeza de que fuera a esa misma persona a quien, al vencerse la obligación, se le exigiera el pago.

El bien gravado con hipoteca se puede ir transfiriendo, de persona a persona, y finalmente la obligación será exigible, a su vencimiento, a quien ostente la calidad de dueño, pero limitándose la cobranza de la acreencia al valor de realización del inmueble en remate público, en la medida en que no se cumpla con la obligación. Por eso, las obligaciones *propter rem* son denominadas también *obligaciones ambulatorias*.

m. Por su exigibilidad

En este caso, las obligaciones pueden clasificarse en civiles y naturales.

Sin embargo, no vamos a insistir en el concepto de obligación civil. Ya nos hemos referido extensamente a ella. Empero, sí deseamos estudiar en forma muy explícita, debido a las diversas teorías que sobre ellas existen, a las denominadas *obligaciones naturales*.

Pothier[146] llama *obligación civil* a aquélla que es un lazo de derecho, *vinculum juris*, y que da a aquél respecto a quien se ha contratado, el derecho de exigir en justicia lo que en ella se halla contenido. A su turno, llama *obligación natural*

146 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, pp. 153 y ss.

a aquélla que, en el fondo del honor y de la conciencia, obliga a aquél que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se halla contenido.

Laurent[147] dice que Pothier coloca entre las obligaciones naturales a las contraídas por personas que tienen un discernimiento y un juicio suficiente para comprometerse, pero a quienes la ley civil declara incapaces de celebrar un contrato: tal es la obligación —afirma Pothier, en un ejemplo propio de su época— de una mujer que, bajo dominio de su esposo, convino sin estar autorizada a ello. Agrega Laurent que esta doctrina también es la de los autores del Código Civil francés.

Laurent no duda, sin embargo, en indicar que ella es errónea. Una obligación es natural cuando la ley no la reconoce, cuando niega una acción al acreedor. ¿Acaso, se pregunta Laurent, el acreedor de una mujer casada o de un menor de edad no puede obrar? Ciertamente tiene una acción, entonces la deuda es más que natural, es civil; solamente está marcada por un vicio que permite al deudor demandar su nulidad, pero es necesario que él la demande; en tanto que no se pronuncie la nulidad, subsiste la obligación y produce todos los efectos de una obligación civil.

A pesar de ello, concluye Laurent, la ley no define la obligación natural y su naturaleza es muy vaga, de ahí es de donde cunde la incertidumbre y la confusión.

Baudry-Lacantinerie[148] expresa que la mayoría de los autores que reproducen en diversas formas la definición de Pothier dicen que las obligaciones naturales son aquéllas que, fuera de toda coacción legal, derivan de la equidad o de la conciencia, o bien derivan de las que imponen la delicadeza y el honor.

Se criticó estas definiciones —añade el citado jurista— objetándoles que producen una confusión de la obligación natural con los deberes morales, pues se dice que son dos cosas que es importante distinguir. El que cumple una prestación en ejecución de un deber moral, por ejemplo, el hombre rico que da limosna, hace una donación; por el lado contrario, aquél que cumple una prestación en ejecución de una obligación natural, hace un pago, de donde se entiende que todas las diferencias son entre la donación y el pago. Sin embargo, ¿cómo se puede distinguir los deberes morales de las obligaciones naturales? He aquí la dificultad. Cada autor tiene su sistema.

Ante estas divergencias —continúa el tratadista francés— la jurisprudencia se pronuncia por una concepción amplia de la obligación natural; al juez del hecho corresponde apreciar discrecionalmente si hay o no obligación natural, y la proclama con regularidad ahí donde hay un simple deber moral.

147 Laurent, François. *Principes de Droit Civil français*. París: Librairie A. Maresq. Ainé, 1875-1893, tomo xvii, pp. 18 y ss.

148 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des arrêts, 1896, tomo ii, pp. 146 y ss.

Refiere Baudry-Lacantinerie que el primer y principal efecto de la obligación natural es que puede servir de base a un pago válido que no da lugar a la repetición del individuo.

Por otro lado, el pago se debe haber realizado de manera voluntaria, es decir, no sólo espontáneamente, sino con conciencia de causa. El deudor debe haber pagado sabiendo que la falta de pago no lo exponía a una acción legal.

Agrega que la obligación natural ocasiona aun otros efectos, a saber:

(a) Un tercero la puede pagar en lugar del deudor.

(b) Puede ser fiada válidamente. En este caso, el acreedor tiene una acción contra el fiador sin tener una acción contra el deudor para que se le reembolse. El deudor está comprometido con el fiador, como lo estaba con el acreedor, solamente por una obligación natural.

(c) Con mayor razón, puede servir de base para una válida promesa de pagar hecha por el mismo deudor. Esta promesa es obligatoria civilmente.

(d) Una obligación natural puede ser novada, puesto que la novación se resume en una promesa de pagar en otras condiciones diferentes a las establecidas primitivamente.

(e) Por último, una obligación natural puede otorgar la materia de una compensación que el deudor acepta voluntariamente, pues compensar es pagar. Sin embargo, no se puede imponer más la compensación al deudor que el pago.

Según Giorgio Giorgi[149] los jurisconsultos romanos distinguieron sin duda una *obligatio civilis* y una *obligatio naturalis*, y al hablar de *obligatio naturalis* entendieron precisamente una obligación desprovista de acción. Por otro lado, concedieron a la *obligatio naturalis* una eficacia indirecta. Le atribuyeron ciertos efectos jurídicos, por virtud de los cuales el acreedor, en la obligación natural, tenía la *soluti retentio* para oponerse al deudor que, después de haber pagado voluntariamente, intentase repetir lo satisfecho. Respecto a la causa inmediata o, como otros dicen, los modos por los cuales nacían las obligaciones naturales, los eruditos modernos conjeturan que se compendiaban o en el origen imperfecto, o en la extinción imperfecta de la *obligatio civilis*. El contrato del esclavo, del pupilo, del hijo de familia, del menor y ciertos oficios de piedad —recuerda Giorgi— son ejemplos históricos del origen imperfecto. La confusión, la *litis contestatio*, y acaso la prescripción extintiva son ejemplos de extinción imperfecta.

Marcel Planiol y Georges Ripert[150], por su parte, expresan que es indiscutible que la obligación natural constituye una anomalía jurídica. La ausencia de sanción, sea cual fuere su eficacia en otro sentido, la sitúa en los confines últimos del

149 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 30 y ss.

150 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 291 y ss.

Derecho, en los límites de la moral. Por ello, afirman, se puede buscar el criterio de ella haciendo depender su origen, bien del Derecho Civil, bien de la moral.

Hay un método que habla de la teoría de la obligación civil degenerada, la que permite mantener una completa separación entre los respectivos ámbitos del Derecho y la moral. Se inspira en la tradición romana, transmitida por Domat y recogida por la mayoría de los juristas del siglo XIX.

La obligación natural, añaden Planiol y Ripert, es, por su origen, una obligación civil, pero imperfecta, ya que se halla desprovista del principal atributo de la obligación ordinaria, o sea, de la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento. La imperfección de que se halla afectada procede de que su desarrollo, por así decirlo, ha sido entorpecido al nacer por un obstáculo jurídico o por el hecho de que, posteriormente, como consecuencia de especiales circunstancias, se ha visto privada de su sanción, si bien subsiste en todo lo demás.

Desde esta óptica —continúan los citados profesores—, la obligación natural aparece como el residuo de una obligación civil preexistente, cuando ésta ha sido anulada por la incapacidad del deudor, no obstante que éste la había concertado con pleno conocimiento de causa y entera libertad de espíritu, o bien cuando resulta extinguida sin que el acreedor haya recibido lo que se le debía. Éste es el caso de la prescripción.

Señalan, asimismo, que en otros casos, por el contrario, la obligación civil no ha podido nacer en momento alguno y desde su origen la relación jurídica no se ha constituido más que en la forma de obligación natural. Así, en materia de juego o de apuesta, el ganador no puede obtener ante los tribunales el pago de la suma jugada. La obligación natural suple en estos casos a la obligación civil ausente: el prestatario está obligado naturalmente a satisfacer la deuda de juego.

La explicación que entiende que la obligación natural pende en todo caso de una obligación civil, degenerada o abortada —continúan los ilustres civilistas—, es puramente verbal y nada justificada. Agregan que es sorprendente ver atribuir como base de la obligación natural una obligación civil anulada, es decir, como consecuencia del efecto retroactivo de la nulidad que decreta la nada. La extinción de una obligación no es susceptible de graduarse, pues el pago no constituye para el Derecho un modo de extinción dotado de eficacia superior a la de los demás.

Otra teoría de la obligación natural se funda en el deber de la conciencia, en la existencia de un deber de conciencia en el deudor en favor del acreedor. Aquí la obligación natural no depende de una obligación civil más o menos transformada. Es un deber moral al que el Derecho reconoce cierto valor, si bien no lo adopta plenamente hasta convertirlo en una obligación provista de sanción, manteniéndolo sólo en sus fronteras.

Es verdad que se advierte una equiparación progresiva de la obligación natural con el deber moral, agregan Planiol y Ripert, pero no existe, sin embargo, una

completa identificación. La separación del Derecho y la moral ha de mantenerse. Por consiguiente, no todo deber de conciencia constituye una obligación natural. Por lo tanto, existen obligaciones morales de índole tal que no tienen ni podrán nunca llevar unida eficacia jurídica en cualquier grado; los actos de beneficiencia inspirados en una idea de caridad, de devoción, de amor, aun cuando estén impuestos por la moral, no pueden estimarse a la luz del Derecho más que como liberalidades.

Héctor Lafaille[151] señala que cuando en la Roma primitiva al *ius civile* se oponía el *ius gentium*, extensivo a todos los pueblos, de igual manera, frente a las obligaciones surgidas de ese régimen quiritario, se reconocieron otras con relativa eficacia, nacidas fuera de su marco estrecho, y que recibieron más tarde el nombre de «naturales». Carecían de valor compulsivo y no daban acción al acreedor, pero una vez cumplidas, éste podía excepcionarse al exigirse la repetición.

Señala el profesor argentino que aparte del nombre y de la propia categoría, el Derecho positivo actual se inclina a conceder eficacia para el pago y la garantía a todas las prestaciones basadas en un deber de conciencia, respondiendo de ese modo a la marcada inclinación ética que distingue a la ley moderna.

Por último, Lafaille expresa que existe un dilema en saber si en una obligación natural, al cumplirse, existe un pago o una liberalidad. El pago presupone una deuda. Indica que no habiéndola propiamente en el caso, correspondería dejarse sin efecto. El cumplimiento de estas deudas no sería, por lo tanto, un verdadero pago, aunque así acostumbre denominársele. Se pregunta si podría llamársele, en cambio, «donación». Piensa que tampoco se usaría la expresión correcta, porque quien da cumplimiento a una «obligación natural» considera que está en el deber de hacerlo, aun por encima de los textos del Derecho positivo, y no se coloca en la situación de quien favorece a otros.

Según Josserand[152], a la obligación natural se la divide en dos categorías: unas veces la obligación natural es la supervivencia de una obligación civil degenerada, minimizada; otras veces, y con mayor frecuencia, la obligación nace natural.[153]

151 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen II, pp. 8 y ss.

152 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 568 y ss.

153 Según Josserand, una tentativa de cambiar totalmente la teoría clásica surgió con Savatier, quien desde el principio advierte y declara sin ambages que con su sistema se invierten en cierta forma los datos del problema. En tanto que hasta entonces se consideraba la obligación natural de una esencia jurídica superior a la del deber moral, Savatier, colocado fuera del dominio del Derecho, pretende haber demostrado que la verdad se halla exactamente en lo opuesto. «La obligación natural —declara—, no será ya un deber moral al que la ley, sin erigirla en civilmente obligatoria, le dispense, no obstante, ciertos favores; por el contrario, será un deber moral al que, mediante un acto expreso, niega la sanción del derecho común. Al examinar sucesivamente a las obligaciones naturales reconocidas por nuestro Derecho, veremos que, en efecto, es así como se presentan las cosas».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cuanto a las obligaciones naturales que son supervivencia de obligaciones civiles degeneradas, a decir de Josserand, el caso más típico es el de la prescripción extintiva: cuando una obligación queda extinguida por la prescripción que el deudor ha opuesto al acreedor, se sobrevive a sí misma, en cuanto a obligación natural, de suerte que si el deudor la ejercita más tarde voluntariamente, no es esto un regalo que hace el acreedor, sino un pago que efectúa.

Por lo tanto, agrega Josserand, el sistema de Savatier se levanta contra toda teoría que acepte la diferencia de naturaleza entre la moral y el Derecho. Para él la obligación natural es un deber moral degenerado, siendo los deberes morales jurídicamente obligatorios por sí mismos.

Según Josserand, Savatier deriva de los textos antiguos y los trabajos preparatorios del Código Napoleón la definición siguiente: «La obligación natural es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley, habría sido civilmente obligatoria en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad».

Josserand recuerda que Bonnecase critica la teoría de Savatier. Pero no es el único. Con anterioridad lo había hecho Ripert, diciendo que «[...] declarar que la obligación natural lejos de ser un deber moral que se beneficia espontáneamente con el favor de la ley, es un deber moral que sufre especialmente su enemistad», o que «[...] todas las obligaciones naturales propiamente dichas, son obligaciones ilícitas», es un juego del espíritu. En efecto, tales fórmulas sólo pueden establecerse cuando se plantea como primer principio la identidad del deber moral y la obligación civil, siendo que la distinción de estas dos nociones siempre ha sido admitida por los juristas, y continúa siendo verdadera, por lo menos para la buena organización de la sociedad.

Josserand señala que Ripert agrega, en pocas palabras, que hay obligación natural cuando la ley atribuye ciertos efectos jurídicos al cumplimiento del deber moral. A medida que la jurisprudencia se afirma, la doctrina adquiere más audacia. Refiere que los autores contemporáneos no vacilan en afirmar la identidad de naturaleza entre la obligación natural y el deber moral. Si la obligación natural se confunde por su naturaleza con el deber moral, debe obtenerse de esto la consecuencia de que no existe una teoría general de la obligación natural, sino más bien obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos encontramos en el dominio de la conciencia. La persona que ejecuta un acto jurídico se inspira en la idea de que no hace sino cumplir con su deber. Pero, según Josserand, para Ripert, la obligación natural no existe mientras el deudor no haya afirmado su existencia mediante su cumplimiento. Nace del reconocimiento del deber moral por parte del deudor.

A decir de Josserand, por las citas que acaban de reproducirse se advierte que según Ripert no existe una teoría general de la obligación natural, sino obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos vemos así proyectados, empleando la expresión del propio Ripert, en el dominio de la conciencia y, al mismo tiempo, en una profunda incertidumbre.

Recuerda Josserand que en opinión de Bonnecase, la obligación natural es una noción exclusivamente técnica que traduce una obligación civil imperfecta o condicional. La obligación natural debe distinguirse esencialmente, por una parte, del deber moral, y, por otra, de la obligación civil impuesta, a falta de ley, por los datos de las fuentes reales del Derecho.

Agrega que en tanto un grupo de juristas se esfuerza por reducir el Derecho a la moral, los filósofos moralistas separan claramente ambas disciplinas. El deber moral u obligación moral y la obligación jurídica, la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

Según Josserand, dice Bonnecase que si no temiera recurrir a una imagen muy forzada, diría que la obligación natural es una obligación civil relegada en el limbo y que espera su libertad por un acto del mismo deudor.

Y agrega que concluye Bonnecase expresando que un rápido examen de los textos que ha citado, relativos a la obligación natural, confirman la exactitud de su teoría sobre ésta. En primer lugar, afirma, es evidente que la obligación natural como tal tiene una existencia jurídica. Si no se admite la repetición respecto a las obligaciones naturales, débese a que justifican un pago y, por consiguiente, existen.

En materia de juego y apuesta no autorizados, señala Josserand, la ley rehúsa al ganador de toda acción para exigir el pago, pero también rehúsa la acción de repetición al que perdió y pagó voluntariamente; era, pues, válido el pago efectuado, lo que se puede explicar por la existencia de una obligación natural.

Según Luis de Gásperi[154], ya Ulpiano había advertido que si en este punto se admite la existencia de una obligación, es sólo por un abuso del lenguaje. Al mencionar la obligación natural, dice Cuq —citado por De Gásperi—, se alude más a los hechos que la han engendrado que a las reglas relativas a la formación de las obligaciones, razón por la cual ella produce efectos análogos a los de las obligaciones civiles. No se la debe confundir ni con la obligación reprobada por la ley, ni con la obligación de conciencia. Se la concibió, bajo la influencia del estoicismo, como *vinculum aequitatis*, para atemperar el rigor de la ley y como reacción contra varios prejuicios, como por ejemplo, la idea de que algunos seres humanos no eran personas.

Agrega De Gásperi que los hechos que en Roma impedían la concesión de la acción eran la incapacidad o la esclavitud del deudor y la relación de potestad paterna entre el acreedor y el deudor. El esclavo no podía contraer una obligación civil, pero sí una obligación natural. Fuera de estos casos, una obligación civil podía degenerar en obligación natural por *capitis diminutio*, por *deductio in judicium* o por absolución injusta pronunciada por un juez. El que había sufrido una *capitis diminutio* quedaba civilmente liberado de sus deudas, pero seguía obligado *naturaliter*. Todas estas fuentes de obligaciones naturales desaparecieron cuando la totalidad de seres humanos fueron investidos de personalidad.

La teoría de las obligaciones naturales, dicen Colin y Capitant, también citados por De Gásperi, era desconocida en el primitivo Derecho francés. Sólo aparece en el renacimiento del Derecho romano. Combatida entonces por D'Argentre, que en su *Costumbre de Bretaña* se esfuerza en demostrar que es una sutileza y que no tiene fundamento jurídico serio, va a encontrar, por el contrario, defensores en Domat y Pothier.

Ludwig Enneccerus[155], por su parte, afirma que también hay créditos a los que por razones especiales se les niega la acción y la ejecución forzosa, como también alguno o todos los demás efectos mencionados; créditos con efecto incompleto, que llamamos por eso *obligaciones naturales* o *imperfectas*.

Refiere que las obligaciones imperfectas son obligaciones sin acción. Se les niega la acción y, por consiguiente, la realización mediante la ejecución forzosa. No obstante, son verdaderos créditos, pues pueden ser cumplidos. El pago efectuado,

154 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, pp. 70 y ss.

155 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, tomo II, volumen I, pp. 13 y ss.

conociendo la circunstancia de no poder ser efectuado forzadamente, no constituye donación, y el pago hecho a sabiendas de que no puede ejecutarse forzosamente, no puede ser repetido a título de enriquecimiento indebido.[156]

156 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 334 y ss.
Busso recuerda que el Código alemán no menciona las obligaciones naturales y al legislar sobre el enriquecimiento sin causa se limita a establecer que no es repetible el pago que correspondería a un deber moral. Disposiciones similares contienen el Código Federal suizo de las Obligaciones y el Código italiano de 1942. En doctrina se discute el alcance que corresponde dar a esas disposiciones.
Continuando con lo señalado por Busso, diremos que un primer problema que se debate es si las obligaciones naturales constituyen o no un vínculo jurídico.
Algunos autores se inclinan por la solución negativa: desde el momento en que carecen de exigibilidad, no configuran una relación jurídica.
La llamada obligación natural, dice otro autor, no es propiamente tal, pues le falta el elemento de coerción que es indispensable para configurar esa noción jurídica. Vendría a ser una «obligación no obligatoria» y esa contradicción terminológica demuestra que la palabra «obligación» está mal empleada.
Señala Busso que, según algunos juristas, la teoría de las obligaciones naturales carece de lógica, pues no siendo exigibles ocurre que sólo adquieren el carácter de tales cuando el deudor voluntariamente las paga, y esto importa un contrasentido, porque el pago extingue las obligaciones, pero no las crea. Es un ser jurídico extraño y absurdo, se añade, aquél que sólo adquiere vida al convertirse en cadáver y que no tiene eficacia sino cuando pierde su existencia.
Refiere el profesor argentino que la obligación natural, en opinión de estos autores, es una quinta rueda en el Derecho, que no responde a nada práctico y que debe ser proscrita de los códigos.
La teoría de las obligaciones naturales, dice Bonfante, citado por Busso, es un injerto inorgánico en las legislaciones modernas. Gran error fue no haber sabido relegarla en momento oportuno al puesto histórico que le corresponde. Y actualmente representa un peligro, por el atractivo que ejerce sobre el espíritu de los teóricos, ofreciendo pábulo a una fantasía científica que se pone de manifiesto en la elaboración de doctrinas dotadas de una cierta *elegantia iuris*, pero que carecen de toda base y derecho positivo.
En opinión de Busso, entre quienes admiten que las obligaciones naturales constituyen vínculos de derecho surgen diversas opiniones para precisar cuáles son sus caracteres jurídicos propios y específicos: a) las que definen las obligaciones naturales por asimilación a las civiles; b) las que recurren a la figura técnico-histórica del *debitum* sin garantía; y c) quienes las definen como institución de derecho natural o que llegan a la consagración jurídica de los deberes de conciencia.
Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales, por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley y al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una acción judicial que lo consagre.
Se intenta, por otra parte, una interesante explicación de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, sobre la base de la distinción entre el *debitum* y la *garantía*, considerados como elementos integrantes del concepto de la obligación.
A entender de Busso, la exacta interpretación de las fuentes romanas y germánicas, y el estudio analítico del contenido del vínculo obligatorio, llevan a algunos autores a afirmar como verdad histórica y conceptual que toda obligación resulta de la fusión de dos elementos distintos e independientes: el *debitum*, o sea, el conjunto de razones que determinan la justicia y la necesidad de una transferencia patrimonial entre dos sujetos; y la garantía, o sea, los diversos medios coercitivos que se ponen a disposición del sujeto activo de la relación para que obtenga la transferencia patrimonial a que tiene derecho. El *debitum* corresponde, en definitiva, a un derecho conseguido como simple pretensión y al cual no acompaña ninguna potestad.
La obligación natural sería en Derecho positivo una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Hay *debitum*, ya que existen razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no hay garantía, ya que no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

Agrega el citado tratadista que las obligaciones naturales tienen un fundamento moral, pero no se confunden con las obligaciones o deberes morales propiamente dichos. La mayoría de los autores admite la diferencia entre obligaciones naturales y deberes morales; ésta ya aparecía en el Derecho romano y Pothier la expone como uno de los puntos fundamentales de la materia. Los autores modernos la mantienen.

Según Busso, es erróneo pensar que todo deber moral implica una obligación natural. En realidad, hay deberes morales cuyo cumplimiento interesa a la sociedad, en tanto que otros le son totalmente indiferentes.

Agrega que respecto a las obligaciones naturales existen diversas tendencias. En opinión de algunos sólo revisten el carácter de obligaciones naturales aquellas relaciones jurídicas que la ley prevé y reglamenta expresamente y a las que por razones especiales priva de acción judicial. La tesis amplia de quienes fundan las obligaciones naturales en razones de conciencia o de derecho natural y consideran que la nómina de ellas es indeterminada e indeterminable, señala que habrá obligación natural en todos los casos en que un principio de justicia conmutativa justifique su existencia. Todo deber moral que por su contenido intrínseco está dentro de lo jurídico es una obligación natural. La institución adquiere en esta forma una gran elasticidad y es una manera de introducir las ideas morales dentro de los confines del Derecho.

A su turno, Luis María Boffi Boggero[157] sostiene que en Roma aparecen las obligaciones naturales, pero que no hay acuerdo en la doctrina acerca de numerosos aspectos de su evolución histórica, su fundamentación o sus caracteres.

Precisa el citado jurista que, formando corrientes, los clásicos llamaban obligaciones naturales a las que derivaban del Derecho natural y civiles a las que fluían del Derecho Civil. Las naturales eran tuteladas con acciones en muchos casos, y cuando eran carentes de ejecutabilidad se les llamaba *debitum*. Esta expresión, debido a interpolaciones, llegó a constituirse en sinónimo de obligaciones naturales y bajo tal aspecto aparece en la época de Justiniano.

Así, sostiene Boffi Boggero, se reconocen diversos casos de obligaciones naturales en Roma sin que la mención siguiente haya sido unánimemente aceptada:

En opinión de otros autores, las obligaciones naturales son deberes morales o de conciencia, tomados en consideración por la ley positiva en tanto producen efectos jurídicos. Los deberes de conciencia no quedan ya confinados a un campo puramente moral, sino que penetran decididamente en el terreno de lo jurídico.

Nos dice Busso que algunos autores hablan de obligaciones de Derecho natural o de equidad, otros se refieren a deberes de conciencia, pero en el fondo son dos maneras de expresar una misma idea, a través de conceptos que resultan concordantes entre sí. La expresión «deberes de conciencia» implica hacer referencia a las convicciones íntimas del individuo y, simultáneamente, también a los conceptos supremos del bien, de la justicia y de la virtud que el sujeto llega a conocer por la vía de la intuición moral y que se convierten para él en imperativo de conducta.

157 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo III, pp. 206 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligatio naturalis servi, o sea, la resultante de los negocios que celebraba el esclavo; obligaciones extinguidas mediante *capitis diminutio*; obligaciones entre los *fillifamilias* y entre éstos y el *pater*; el caso del préstamo contraído por un *fillifamilias* con pago al mutuante después de salir de la patria potestad, excluyéndose la *repetitio soluti*; obligaciones que contrae el pupilo sin la *auctoritas tutoris*; obligación derivada de simple pacto; obligación extinguida por *litis contestatio*; etcétera. A entender de Boffi Boggero, las características generales —que no se dan siempre— de estas obligaciones naturales, son las que siguen: el titular del crédito ejerce la *soluti retentio*, es decir, retiene el pago que se le formalizó; el crédito natural se origina en una obligación civil; puede garantizarse la obligación natural con fianza, prenda, hipoteca; se computa la obligación natural en la herencia y el peculio, etcétera.

Manuel Albaladejo[158] afirma que hay varias tesis respecto a la obligación natural:

(a) A tenor de una teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica, sino moral, de conciencia, social, etcétera, a la que se atribuye un efecto jurídico: la irrepetibilidad del pago (pago jurídicamente no debido).

(b) Para otra teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica inicialmente, pero que se convierte en jurídica cuando se paga.

(c) Por último, la tesis que considera acertada Albaladejo es que la obligación natural, aparte que desde un punto de vista no jurídico pueda ser calificada de «deber» o de «obligación», jurídicamente no es una obligación, no es un vínculo entre dos personas (deudor y acreedor), ni antes ni después del «pago». Jurídicamente sólo es un hecho que justifica la atribución patrimonial que se hizo al «acreedor», es decir, es sólo una justa causa de cada atribución (entrega o pago).

Borda[159] afirma que las obligaciones naturales son obligaciones anormales, pues a primera vista no parece jurídico hablar de obligación o de derecho sin acción para obligar al deudor a cumplir, porque precisamente lo que define la obligación normal desde el punto de vista jurídico es la posibilidad del acreedor de compulsar al deudor a darle cumplimiento y, en su defecto, a pagar la indemnización correspondiente. Pero si las obligaciones naturales no confieren acción para demandar el cumplimiento, no por ello están desprovistas de toda protección jurídica, ya que si el deudor ha pagado voluntariamente (única vía concebible desde que el acreedor no puede compulsarlo), el acreedor tiene derecho a retener lo pagado.

Sostiene el citado profesor que encuentra insatisfactoria la teoría que pretende explicar estas obligaciones como un deber de conciencia al que la ley atribuye

158 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 358 y ss.

159 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 338 y ss.

ciertos efectos jurídicos. No porque no exista ese deber, sino porque existe en cualquier obligación, sea o no natural, de modo que esto no brinda un carácter distintivo con las obligaciones civiles. Por otro lado, partiendo de este criterio, tampoco resulta posible distinguir entre los deberes de conciencia elevados a la categoría de obligaciones civiles y los deberes de conciencia puros. Así, sostiene que no hay una diferencia radical, sustancial o de naturaleza entre estas obligaciones y las civiles. Si se analiza el artículo 515 del Código argentino, se advertirá que en todos los casos media una promesa, un compromiso; esa promesa tiene una causa jurídica, un objeto lícito, determinado y posible; están reunidos todos los elementos de una obligación civil y el deudor ha entendido obligarse jurídicamente, no obstante lo cual, la ley no confiere acción al acreedor por distintas razones (falta de requisitos formales, motivos de seguridad jurídica, como es la prescripción, o de moral, como es la inexigibilidad de las deudas de juego), razones que no hacen a la existencia misma de la obligación. La ley no obliga a cumplir, pero cumplida la obligación protege al que recibió el pago porque la deuda existía aunque era inexigible. No se trata de un pago de lo que no se debe, que autoriza la repetición, y tampoco de una liberalidad.

Llambías[160], por su parte, afirma que las obligaciones civiles están especialmente tuteladas por el Derecho positivo, que les reconoce la plenitud de la eficacia: exactamente los efectos que usualmente se le atribuyen. En cambio, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho positivo, sino exclusivamente en el Derecho natural y la equidad. Ello explica su reducida eficacia, en la medida en que el legislador ha entendido que debía darles carta de ciudadanía en la vía jurídica por la sola consideración de su origen.

Bigliazzi, Breccia, Busnell y Natoli[161], en fin, sostienen, respecto a las denominadas obligaciones naturales, que no existe obligación —y, por lo tanto, no existe derecho de crédito— si el débito (y, correlativamente, la pretensión) no comporta un mecanismo efectual. Son situaciones de débito pero que están despojadas de toda perspectiva de responsabilidad. Sin embargo, no por ello son del todo irrelevantes, porque se les atribuyen varios efectos que son característicos de las obligaciones civiles propiamente dichas. El primero de todos los efectos es la negación del deudor de la *conditio indebiti*, es decir, de la posibilidad de repetir lo que hubiere pagado a pesar de no haber estado constreñido a hacerlo. Se admitía, de tal forma, la existencia de una válida *causa solutionis* y, por lo tanto, se negaba implícitamente que el pago fuera no debido y, por la misma razón, susceptible de repetición. Por otro lado, se consideraba también que la obligación natural podía representar la base de una novación para dar vida así a una obligación civil propiamente dicha.

160 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II -A, pp. 11 y ss.

161 Bigliazzi Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. *Diritto Civile 3. Obgligazioni e contratti.* Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1992, pp. 10 y ss.

Hasta aquí las citas de ilustres civilistas sobre la materia.

En el Perú poco o nada se ha escrito sobre las obligaciones naturales. Ello obedece, sin duda, a que el Código Civil vigente, de 1984, y su antecedente inmediato, el Código de 1936, no se refieren a ellas, al menos utilizando esa denominación.

En efecto, el Código de 1984 sólo contiene dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales: el artículo 1275, cuando establece que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, y el artículo 1943, cuando dispone que quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición.

A su turno, el Código de 1936 contenía reglas similares en cuanto a la prescripción, en el artículo 1285, y en cuanto al juego y la apuesta, en los artículos 1768 y 1770.

En el caso de la prescripción, la obligación nace como civil, plenamente válida, pero al carecer de acción no es exigible. Entonces, ya no estamos ante una obligación civil, ni natural, ni de ninguna otra naturaleza, pues si no existe exigibilidad es porque el vínculo jurídico ha desaparecido. Y si no existe vínculo jurídico, tampoco existe obligación. Lo que queda, como expresamos al analizar la naturaleza jurídica de la obligación, es un deber jurídico con contenido patrimonial que quien tuvo la condición de deudor puede cumplir o no. Ello dependerá, exclusiva y soberanamente, de su voluntad. Si cumple lo hace porque sus sentimientos íntimos lo impulsan a ello, porque existe un deber moral, un deber de conciencia, que quiere satisfacer. Y por eso la ley le veda la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado.

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, nunca nació obligación alguna, ni civil, ni natural, ni de otras características. No hay vínculo jurídico entre las partes y, por ello, no existe el requisito de la exigibilidad. Tal relación sólo origina un deber —muy distinto, por cierto, de la obligación— con contenido patrimonial, que una persona —a quien no podemos llamar deudora, porque nunca lo fue— satisface respecto de otra, cumpliendo, al igual que en el caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, cuando se paga una obligación prescrita no se puede repetir. Y añadimos que nada tiene de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por tal razón, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado. Y por eso, cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

Con esto terminan, en la ley civil peruana, las situaciones jurídicas que la doctrina tradicional denomina como *obligaciones naturales*.

Los antecedentes de estos dos únicos casos de las llamadas *obligaciones naturales* previstas por los Códigos de 1984 y 1936 se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739 del Código Civil peruano de 1852, antecedente inmediato, a su

vez, del Código de 1936, que impedía repetir lo pagado voluntariamente por causa de juego, salvo que hubiere habido dolo o estafa por parte de quien ganó. Nada decía el Código de 1852 respecto de las obligaciones prescritas. Pero sí se refería a supuestos no previstos por los Códigos de 1984 y 1936 en su artículo 2126 («No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como una deuda de un menor o de una mujer casada»). Aquí, a diferencia de la prescripción y del juego y la apuesta, había nacido —y para calificarla nos conferimos una licencia en el lenguaje— una «obligación irregular», susceptible de nulidad o anulabilidad, que luego de pagada la ley impedía repetir.

Y no existen, en la historia de los tres últimos Códigos Civiles peruanos, otras relaciones jurídicas que puedan denominarse *obligaciones naturales*. Con esto se agota el tema. No hay otros casos, dentro del concepto de obligación natural, en los que se pague y no se pueda repetir.

Cabe subrayar que la imposibilidad de que el sujeto pasivo pueda repetir por lo pagado permite advertir que, en estricto, el pago realizado no es un pago indebido. Lo anterior, entonces, nos lleva a afirmar que en las obligaciones naturales el pago, aunque no exigible, es siempre debido.

Situaciones similares son las que generan los llamados *deberes morales* o *de solidaridad social*. A ellos, exactamente con esta misma denominación, se refieren los artículos 1275 del Código de 1984 y 1284 del Código de 1936.

El antecedente de estos preceptos lo encontramos en el artículo 2127 del Código de 1852, que disponía que «[...] tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, o por causas de piedad, o por efecto de entusiasmo, si antes o en el acto de entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado o de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago».

En todos estos casos hay razones éticas, ánimo de beneficencia, muestras de gratitud o como quiera llamársele, pero no existe obligación alguna, ni civil ni natural, claro está, en la medida en que no se hubiese celebrado un contrato de donación u otro similar.

En tanto la diferencia entre los deberes morales y de solidaridad social y las obligaciones civiles es clara, conviene referirnos al rasgo que distingue a las primeras de las obligaciones naturales.

Al respecto, resulta indispensable señalar que, pese a que en las obligaciones naturales el sujeto pasivo no puede ser constreñido a pagar, de hacerlo por un imperativo de conciencia o, incluso, por error —al creer equivocadamente que la deuda no había prescrito—, habría pagado siempre en virtud de un título previo que nunca existe en el caso de los deberes morales y de solidaridad social.

Así, lo que distingue de manera incuestionable a las obligaciones naturales de los deberes morales y de solidaridad social es que sólo las primeras tienen siempre un título previo que el sujeto pasivo puede o no honrar.

PASTOR MARIO CASTILLO FREYRE

¿Cómo se juzgan los deberes morales y de solidaridad social? Por las circunstancias de cada caso concreto.

Vamos a ubicarnos, para ilustrar situaciones, en los extremos.

Dice el artículo 1223, *in fine*, del Código Civil de 1984 que quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado. Hasta aquí su obligación, y sin duda de carácter civil. Pero si restituye lo que hubiese consumido o gastado, entonces estaría cumpliendo con un deber moral —no con una obligación civil ni natural— y, conforme al artículo 1275 del Código, no podría repetir. Y como éste, existen decenas de casos en nuestra ley civil.

Al otro extremo, si una persona alimenta a un mendigo que padece de hambre y con quien no lo une vínculo alguno, ni siquiera de amistad, también está cumpliendo con un deber moral o con un imperativo de solidaridad social. La ley, por lo tanto, le impide repetir lo pagado. ¿De qué obligación podríamos hablar en este caso?

La gama de deberes morales o de solidaridad social puede remontarse hasta el infinito. Ellos impregnan al Derecho de un concepto ético y por eso elogiamos, sin reservas, los preceptos que los consagran.

Estas situaciones prácticamente se confunden con las que generan las denominadas «obligaciones naturales», que por esas razones deben pertenecer a una casta en vías de extinción.

Su clasificación en Roma, con todas las singularidades del Derecho allí vigente, es inapropiada en nuestros tiempos. Por esto, porque la propia denominación de «obligación natural» aunque difundida es incoherente, y porque basta que los principios morales estén cada día más arraigados en la norma jurídica, es que en el Código de 1984 sólo quedan dos rezagos, que en verdad son «deberes morales o de solidaridad social». Las dos normas existen y no pueden ser eludidas, aunque preferiríamos clasificar esos dos casos, insistimos, simplemente como «deberes morales», dejando de lado todos los sofisticados artilugios a los que se apela para penetrar en la denominada «obligación natural», sin percibirse que ella sólo constituye un «deber moral». Es en razón de ley expresa que preferimos asignarle clasificación expresa, pero tan sólo con propósitos de identificación.

Saleilles[162], expresaba que «Cuando alguien realiza una prestación con el propósito de satisfacer un deber de conciencia, sería escandaloso que el Derecho le proporcionara el medio de recobrar lo que ha entregado, pues lo ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad».

162 Ver León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1954, tomo II, p. 431.

No obstante todo ello, en este trabajo hemos asumido la denominación de obligaciones naturales, que es compartida por la inmensa mayoría de la doctrina. Lo hacemos también en aras de referirnos a ellas con una terminología universal dentro de nuestra tradición jurídica.

7. Obligaciones y derechos reales

Julien Bonnecase[163], sostiene que, respecto a las diferencias específicas de la obligación o derecho de crédito y el derecho real, resulta indispensable tener presente que el derecho real es una relación en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionar o en la forma negativa de una abstención por observar.

El derecho real es una relación en virtud de la cual una persona queda facultada a obtener de una cosa, exclusivamente, en una forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte de ella. El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otro, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa.

En el derecho real el titular de éste se halla en contacto directo con la cosa bajo la garantía del poder social; puede obtener de ella, sin intermediación de ninguna persona, la utilidad que implique según el derecho real de que se trate. La obligación necesariamente pone en presencia a dos personas, puesto que sujeta la actividad económica o meramente social de una al servicio de la otra, sea en forma positiva o negativa.

El derecho de persecución y el de precedencia, en fin, es propio del derecho real, no poseyendo estos atributos el derecho de crédito. Más exacto sería decir que el derecho real se presenta, según las circunstancias, como un derecho de persecución o como un derecho de precedencia. En el caso del derecho de crédito, el acreedor muchas veces no tendrá el medio de obligar al deudor a la prestación prometida. El Código le concede entonces una prestación equivalente que se resuelve, en caso de incumplimiento, en la de indemnizar daños y perjuicios. Aquí no hay un derecho de persecución ni de precedencia, porque ellos carecerían de significado.

Eduardo B. Busso[164], por su parte, afirma que la diferenciación entre derechos reales y personales es considerada en forma distinta por las diversas escuelas y autores.

163 Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, pp. 24 y ss.

164 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 36 y ss.

EDUARDO MARIO CANTELO FELIPE

Según la tesis clásica, tradicionalmente se define al derecho real como la relación inmediata entre una persona y una cosa, y al derecho personal como la relación de persona a persona.

En el Derecho moderno, continúa Busso, se ha difundido una tesis según la cual los derechos reales carecerían de autonomía y serían un simple caso particular de obligaciones: una obligación pasivamente universal. Se aduce, para ello, que hablar de vínculo jurídico con una cosa es un contrasentido, por cuanto conduciría a afirmar que la cosa tiene derechos y obligaciones, lo cual es ya francamente absurdo. Las relaciones de Derecho son, siempre y en todos los casos, relaciones de persona a persona.

Según Michele Giorgianni[165], el fundamento de la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito está, para la doctrina dominante, sobre todo en la presencia en las dos categorías de caracteres diversos y contrastantes. Así, mientras en los derechos reales el poder concedido al titular tendría un carácter inmediato sobre la cosa objeto del derecho, y absoluto en cuanto se ejercitaría o se reflejaría frente a todos los miembros de la sociedad, el poder del acreedor sería, en cambio, mediato en cuanto que en éste la consecución del bien no sería garantizada por una potestad sobre el bien mismo, sino sólo por el trámite (de la actividad) del deudor, y relativo en cuanto se ejercitaría y se reflejaría sólo frente a una persona determinada: el deudor.

Guillermo Ospina Fernández[166], sobre este particular, sintetiza sus pensamientos de la siguiente manera:

1) El derecho crediticio existe contra la persona determinada que debe prestar al acreedor el servicio que constituye objeto de tal derecho, y aun en el caso de que los deudores sean varios, estos también están limitativamente determinados. Por el contrario, el derecho real, traducción jurídica de la utilización de un bien por una persona, implica el deber a cargo de todo el mundo de respetar dicha utilización. El derecho crediticio es relativo (a una o más personas determinadas), mientras que el derecho real es absoluto o *erga omnes* (respecto de todo el mundo).

2) El deber universal implícito en el derecho real tiene siempre por objeto una extensión: lo único que se exige al sujeto pasivo es la observancia de cierta conducta que no impida el ejercicio de las facultades que se reconocen al titular. El derecho crediticio, encaminado a imponer la prestación de un servicio, puede exigir del sujeto pasivo la obligación de ejecutar un hecho positivo, como la entrega de una suma, o también una abstención.

165 Giorgianni, Michele. *Op. cit.*, pp. 81 y ss.

166 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 1987, pp. 9 y ss.

3) Aun en el caso de que el derecho crediticio tenga por objeto la abstención del deudor, existe marcada diferencia entre aquél y el derecho real. La abstención impuesta por este último corresponde a un estado normal y, por consiguiente, pasa inadvertido al sujeto pasivo. Por el contrario, la abstención que nace con el derecho crediticio merma las facultades que normalmente reconoce la ley a las personas; la obligación sí hace sentir todo su peso al deudor.

4) El derecho real garantiza al titular la utilización de una cosa, con exclusión de toda otra persona. El derecho crediticio solamente puede hacerse valer con la persona determinada a cuyo cargo existe la obligación.

5) Los derechos reales gozan del atributo denominado derecho de preferencia. A la inversa, y en principio, los simples acreedores no gozan de preferencia; por consiguiente, cada uno de sus créditos disminuye proporcionalmente a efectos del pago.

6) Por cuanto los derechos reales implican un deber universal, no pueden existir sino aquéllos que la ley expresamente reconozca. No se pueden crear derechos reales no reconocidos por la ley, porque esos obligan a todo el mundo y solamente la ley puede limitar, por vía de reglamentación general, las facultades de todos los individuos.

Por su parte, dentro de la doctrina nacional, Gonzales Barrón[167] sostiene lo siguiente con relación a las diferencias existentes entre los derechos reales y el derecho de obligaciones:

- Los elementos constitutivos: en el derecho real sólo existe la persona (sujeto titular) y el bien. En el derecho obligacional existe un sujeto titular (acreedor), un sujeto deudor (obligado) y la prestación debida (conducta consistente en un dar, hacer o no hacer).
- Efectos: el derecho real genera persecución del bien (el titular puede perseguir el bien contra cualquiera que lo tenga en su poder), a diferencia del derecho obligacional que sólo se ejerce contra el deudor. Por otro lado, el derecho real genera preferencia del titular, en cuanto éste por su propia naturaleza excluye del goce a cualquier tercero. El derecho obligacional, por su carácter relativo, no tiene esta característica.
- Por la estabilidad: el derecho real es una situación estable de poder sobre un bien, muchas veces de índole perpetua. Por otro lado, el derecho obligacional es por esencia un vínculo temporal, nacido para extinguirse con el pago. El derecho real nace para durar indefinidamente; el derecho obligacional nace para extinguirse.

167 Gonzales Barrón, Gunther. *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores, 2005, pp. 58 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Por los modos de adquisición y extinción: existen algunos modos de adquisición de los derechos reales (por ejemplo: la usucapión) que son incompatibles con los derechos obligacionales. Igual ocurre con los modos de extinción, como es el caso de la destrucción del bien, la cual pone fin al derecho real que hubiese recaído sobre él; pero si ese bien hubiese sido contenido de la prestación adeudada en una obligación, no necesariamente conllevaría la extinción de ésta, pues la prestación original puede ser sustituida con la indemnización.

Sin embargo, continúa Gonzales Barrón, para la doctrina clásica el derecho real es uno que recae directa e inmediatamente sobre una cosa individualmente determinada, de la cual se puede obtener la utilidad total o parcial dispensada por la ley sin que exista intermediario o persona obligada para ello. En cambio, el derecho de crédito se presenta cuando una persona exige a otra una determinada prestación consistente en dar, hacer o no hacer.

Según recuerda Gonzales Barrón, en ese sentido, y teniendo en cuenta la filosofía del Derecho de Inmanuel Kant, se planteó la imposibilidad de relacionar las personas con las cosas, en cuanto sólo podían existir relaciones entre personas. Esta afirmación parte desde la perspectiva de que todo derecho conlleva un deber correlativo impuesto a otra persona, siendo que a los «bienes» no se les puede imponer deber alguno. Si ello es así, los llamados «derechos reales» tienen en verdad una estructura idéntica a los «derechos obligacionales», esto es, generan una relación jurídica entre personas, aunque en el ámbito de los «derechos reales» los obligados vendrían a ser todos los miembros de la comunidad sobre quienes se impone un deber general de abstención para no interferir en el goce del titular.

En esta medida —agrega— nace la llamada *teoría obligacional de los derechos reales*, la que toma como paradigma de todos los derechos patrimoniales a los de obligación, en tanto éstos sirven para explicar la estructura de los derechos reales. De esta forma, el derecho de propiedad vendría a configurarse como una obligación impuesta a toda la comunidad con el fin de respetar el derecho del titular; no significaría el poder sobre una cosa, sino más bien una obligación de todos para no entrometerse en el derecho del propietario. En nuestro país, esta teoría contestataria ha tenido algún eco, especialmente en los autores influidos por el análisis económico del Derecho.

Finalizada la enumeración de algunas opiniones calificadas sobre el tema, debemos expresar que el Derecho, en general, está constituido por una relación entre personas. No nos parece lógico admitir que la obligación sea una relación jurídica entre persona y persona y el derecho real una relación jurídica entre persona y cosa, pues éstas, las cosas, carecen de derechos y obligaciones. En realidad aquí corresponde concluir que en la obligación la potestad del sujeto, llamado *acreedor*, se ejercita contra uno o más sujetos determinados, llamados *deudores*; mientras que en el derecho real tal potestad se ejercita contra todos.

ESTUDIO DE CASTILLO FREYRE

Hecha esta aclaración, afirmamos que entre los derechos patrimoniales llamados *de obligación*, denominados también, a efectos de su distinción con los derechos reales, *derechos personales* o *derechos de crédito*, y aquéllos existen, qué duda cabe, profundas diferencias. Enumeramos tan sólo las más importantes, sin agotar con ellas sus distinciones:

1) El derecho de crédito u obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una o más personas, llamadas *acreedores*, tienen el derecho de exigir a una o más personas, denominadas *deudores*, el cumplimiento de una prestación de dar o de hacer —positiva—, o de no hacer —negativa—; esta relación jurídica está circunscrita a personas determinadas. Se trata, pues, de un derecho relativo al que son ajenas todas las personas que no han intervenido en la relación obligacional.

   El derecho real es una relación jurídica que otorga a una persona la potestad *erga omnes*, esto es, frente a todas las demás personas, de usar, disfrutar o disponer de un bien, en forma inmediata y exclusiva, obteniendo de él toda la utilidad lícita que le corresponda. Se trata, en consecuencia, de un derecho absoluto que concierne en forma universal.

2) En el Derecho de Obligaciones la prestación, como se ha señalado, puede ser de dar, de hacer o de no hacer.

   En el derecho real lo que existe es un deber jurídico de abstención, que corresponde a todas las personas y que no constituye, desde luego, una obligación negativa, en el sentido de obligación civil, sino una permanente manifestación de convivencia entre los seres humanos, que se traduce, simplemente, en el respeto del derecho del prójimo.

3) El Derecho de Obligaciones está constituido por personas contrapuestas, acreedor y deudor. Una de ellas —el deudor— debe dar, hacer o no hacer algo a favor de la otra —el acreedor—, es decir, entregar, actuar o abstenerse. Entonces el acreedor, para ver satisfecho su crédito, debe esperar la actuación de su deudor. Estos conceptos configuran al Derecho de Obligaciones como un derecho con intermediarios (el deudor o deudores).

   En el derecho real el propietario —quien no es acreedor— obtiene el provecho del bien directamente, sin intermediación alguna. Éste es, desde luego, el principio general. Pero puede ocurrir, ocasionalmente, que para el ejercicio del derecho real se exija una intermediación. Sería el caso, por ejemplo, de la ejecución del derecho accesorio de prenda (o garantía mobiliaria) o de hipoteca, que no puede ejercitarse directamente sino a través de los órganos jurisdiccionales.

4) En el Derecho de Obligaciones el acreedor tan sólo puede actuar contra el deudor o contra sus herederos, si la prestación es transmisible a éstos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, en el Derecho de Obligaciones ocurre a menudo que el acreedor pierde su derecho de preferencia contra el deudor, cuando el patrimonio de éste no alcanza para cubrir sus obligaciones, es declarado en bancarrota y se produce el concurso de acreedores, estableciéndose una prelación para la cobranza de las acreencias en virtud de la cual el acreedor podría quedar relegado a último término.

En el derecho real el acreedor no actúa contra nadie en particular, pero puede actuar contra cualquiera o contra todos. El ejercicio de su derecho es persecutorio para promover acciones reivindicatorias, posesorias o, en general, acciones reales.

Por lo demás, usualmente el derecho real determina que su titular ostente un derecho de preferencia, lo que se observa con más nitidez en los derechos de garantía, tales como la prenda (hoy garantía mobiliaria) o hipoteca. Es cierto que en la legislación peruana, en el caso de un concurso de acreedores, los beneficios sociales o las deudas tributarias tienen preferencia sobre los gravámenes reales, pero éstos, a su vez, son preferidos respecto a quienes únicamente ostentan la calidad de acreedores comunes. El derecho de preferencia, aunque con limitaciones, por cierto que existe.

5) Toda prestación, sea de dar, hacer o no hacer, puede ser objeto del Derecho de Obligaciones. Sus límites tan sólo se encuentran impuestos por el respeto a las normas de orden público, a las buenas costumbres o a los preceptos imperativos que, en aras de un ordenamiento social adecuado, restringen la autonomía de la voluntad.

Los únicos derechos reales que existen son los reconocidos por la ley. Una persona no puede «inventar» un derecho real, por más imaginativa que sea. Los derechos reales están, pues, circunscritos a los previstos por la ley.

6) El Derecho de Obligaciones se agota con el cumplimiento de la prestación por el deudor. Si la obligación no es ejecutada por causas no imputables al deudor, ella se extingue sin consecuencias ulteriores. Lo mismo ocurre si la obligación del deudor es *intuitu personae* y éste fallece antes de cumplir con la prestación. Si el deudor incumple la prestación por causas a él imputables —dolo o culpa—, entonces la relación obligatoria no se agota sino se transforma en una de indemnización de daños y perjuicios.

El derecho real, por su parte, es perpetuo. Pero ocurrida la pérdida del bien, se extingue. En el caso del derecho de propiedad —derecho real por excelencia—, por ejemplo, la pérdida del bien determina la pérdida de la propiedad. Nadie puede ser dueño de nada. Lo mismo ocurre con otros derechos reales principales, como la posesión, o accesorios, como la prenda o hipoteca.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8. Las astreintes

Tratamos esta última materia, la de las astreintes, con el solo propósito de ilustrar al lector sobre una institución jurídica desconocida en la mayoría de los países. En el caso del Perú, absolutamente desconocida. No existe, sobre ella, ni tradición jurídica ni literatura alguna.

Las astreintes, según Borda[168], consisten en una condena pecuniaria fijada a razón de tanto por día (o por periodo) de retardo en el cumplimiento de la sentencia. Es un procedimiento muy eficaz para vencer la resistencia del deudor contumaz; difícilmente el condenado soporta la presión de esta amenaza, incesantemente creciente, que se cierne sobre su patrimonio.

Según Borda, sus características esenciales en el Derecho francés son las siguientes:

a) Respecto al modo de fijarlas, el juez determina una suma de dinero por día, semana, mes, etcétera, de retardo en el cumplimiento de la condena; vale decir, el monto aumenta en razón directa del retardo. Las astreintes nunca son definitivas, el juez puede a su arbitrio disminuirlas o aumentarlas. Y si bien es poco probable que las disminuya, en cambio es relativamente frecuente que las aumente cuando la suma fijada ordinariamente se ha revelado ineficaz para obtener el resultado deseado. El monto de las astreintes no tiene relación con los daños sufridos por el acreedor por el incumplimiento, sino más bien con la fortuna del deudor, porque lo importante es establecer una sanción que obre como presión suficiente en el ánimo del condenado.

b) El beneficiario de las astreintes es el acreedor. Interesa así señalarse porque en el Derecho alemán se admite un recurso similar, pero la multa que se impone es en beneficio del fisco.

c) En cuanto al campo de aplicación, este procedimiento compulsorio es atribuible a cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Cabe notar, sin embargo, que respecto de las obligaciones de dar, el acreedor cuenta con otros recursos muy eficaces, tales como el embargo y la ejecución de los bienes del deudor, los que normalmente dan satisfacción suficiente a las pretensiones del acreedor. Por ello, el campo específico de aplicación de las astreintes es el de las obligaciones de hacer y no hacer. Como para lograr el cumplimiento *in natura* de éstas no es posible emplear la fuerza sobre la persona del deudor, las astreintes brindan un recurso indirecto destinado a lograr el resultado deseado sin uso de la fuerza.

   Señala Borda que debe agregarse que la aplicación de las astreintes no es concebible cuando la obligación del deudor se ha hecho de cumplimiento

168 Borda. Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 47 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

imposible, pues no se trata de una multa por el incumplimiento, sino de un recurso para lograr el pago *in natura*. Por lo que siendo éste imposible, las astreintes carecen de fundamento.

De igual modo, se ha resuelto que son inaplicables al artista o literato moroso, porque el respeto por la creación artística hace repugnante la utilización de todo medio de compulsión. Ni siquiera podrán utilizarse para obligar al artista a entregar una obra que el acreedor juzga concluida a su satisfacción, porque el único juez que dictamina que la obra está concluida es su propio autor.

d) Las astreintes empiezan a correr sólo desde que ha sido notificado el deudor con la sentencia definitiva. La Corte de Casación francesa, por su parte, ha mantenido firme el criterio de que ellas empiezan a correr desde que se notificó la sentencia de primera instancia.

e) Transformación en indemnización de daños. En la última etapa de la evolución jurisprudencial, se ha afirmado una solución que confiere al sistema francés una notable originalidad. Las astreintes, como tales, nunca son ejecutables contra el deudor. Si el acreedor quiere hacerlas efectivas, debe ante todo pedir que se fijen los daños por la demora o el incumplimiento y el juez los determinará de acuerdo con los perjuicios reales, únicos que el acreedor podrá ejecutar. De este modo, el valor coercitivo de las astreintes disminuye considerablemente porque el deudor sabe que, en definitiva, sólo será condenado al pago de los daños reales. Pero aun así, ellas obran psicológicamente sobre el deudor que ve aumentar constantemente el monto de la pena y que teme que el juez pueda luego considerar con amplitud el alcance de los daños. Es claro que esta cuestión no se presenta respecto de las obligaciones no valorables en dinero, como son, por ejemplo, las que surgen del Derecho de Familia. En tales casos las astreintes establecen una cantidad que luego no será reducida por los jueces (pues no hay daños patrimoniales) y que obra así de modo más eficaz sobre el condenado.

Agrega el profesor argentino que para establecer la naturaleza jurídica de las astreintes conviene considerar las diferencias que existen entre esta figura y otras. Así, no son pena civil: la pena es una sanción por el incumplimiento; producidos los hechos que le dan nacimiento, tiene carácter fijo y definitivo; el incumplimiento posterior no la deja sin efecto. Las astreintes, en cambio, son provisorias; cumplida la obligación dejan de ser ejecutables; no son una sanción por el incumplimiento, sino una medida destinada a lograr el cumplimiento. Por otro lado, tampoco son una indemnización de daños y perjuicios porque: (i) la indemnización fija definitivamente los daños sufridos, en tanto que las astreintes son provisorias, aumentan con el transcurso del tiempo y pueden ser alteradas discrecionalmente por los jueces; (ii) la indemnización de daños y perjuicios es resarcitoria y, por lo tanto, su medida está dada por el monto del daño, mientras que las astreintes son conminatorias y por ello se fijan en atención a la fortuna del deudor; y (iii)

GUSTAVO TAPIA CASTRO FREYRE

la indemnización sustituye la prestación incumplida, en tanto que las astreintes tienden a que dicha prestación se cumpla. Finalmente, tampoco son una medida cautelar, pues ésta tiende a asegurar cosas o derechos que constituyen motivo de litigio o que sirven de garantía del cumplimiento de una sentencia dictada o por dictarse; las astreintes no aseguran ningún bien, sino que constituyen una condena accesoria.

Las astreintes —finaliza Borda— son simplemente una medida de coerción destinada a presionar al deudor para obtener el pago de la obligación. Es inútil procurar asimilarlas a otras instituciones, porque tienen una naturaleza propia, singular, que se resiste a ser encuadrada en otros moldes.

En nuestra opinión, las astreintes en el sistema jurídico francés tienen la naturaleza siguiente: condenada una persona al cumplimiento de una obligación mediante resolución judicial, el juez impone al obligado una pena o multa por vía de retardo. El deudor se encuentra así en la necesidad de ejecutar la obligación o de incurrir en una pena que por su acumulación puede llegar a representar suma importante.

Este sistema, rezago pretoriano en el Derecho francés, es recogido, entre otras legislaciones, por el artículo 666 bis del Código Civil argentino, incorporado por la ley n.º 17711 del 22 de abril de 1968; por los artículos 5 a 8 de la Ley Francesa n.º 72-626 del 5 de julio de 1972; y por la Ley Uruguaya n.º 14978 del 14 de diciembre de 1979.

En cuanto a su naturaleza, cabe indicar que durante muchos años, particularmente en Francia, las condenas conminatorias fueron presentadas en forma encubierta como una modalidad de indemnización de daños y perjuicios, a fin de superar el obstáculo que se derivaba de atribuirles la calidad de pena privada, ya que se consideraba que ello era contrario al principio *nulla poena sine lege praevia*, puesto que no existía precepto legal que las consagrara. Sin embargo, su naturaleza es distinta, tal como lo aclaró la Corte de Casación francesa en su sentencia de fecha 20 de octubre de 1959, según la cual:

1) La astreinte es una medida compulsiva enteramente diferente de los daños y perjuicios.

2) Es un medio de vencer la resistencia opuesta a la ejecución de una condena y no tiene por fin compensar el daño por el retardo.

Las condenas conminatorias pueden ser dejadas sin efecto o modificadas, tanto para aumentarlas como para disminuirlas; ellas se fijan arbitrariamente, sin relación o proporción con el monto de los perjuicios. Tales condenas están más bien destinadas a que los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial sean cumplidos y, mediante ello, que lo sean las decisiones judiciales.

Las astreintes, en conclusión, son arbitrarias, conminatorias y provisorias. Son arbitrarias por la desproporción de la condena pronunciada contra el deudor;

ESTUDIO JURÍDICO CARLOS FREYRE

es precisamente la exageración lo que puede decidirlo a cumplir la sentencia. Son conminatorias porque constituyen una amenaza que no se convierte de inmediato en deuda definitiva. Son provisorias porque no se imponen sino a título de amenaza. La condena no es definitiva, puede ser reducida o aumentada y aun suprimida, según las circunstancias. Por eso su fundamento se ha extraído del Derecho Civil para ubicarlo en la legislación procesal.

Las astreintes, en suma, no desempeñan una función de resarcimiento, ni constituyen una indemnización de daños y perjuicios. Son una amenaza de sanción, más que una sanción en sí misma. Tiene esta figura jurídica un efecto intimidatorio —ejercitar presión psicológica sobre el conminado—, más que uno punitivo. Se trata de una condena pecuniaria de carácter provisional pronunciada para asegurar la ejecución de una decisión del juez.

Fue por esas consideraciones que el Libro VI del Código Civil peruano de 1984 no ha regulado la institución de las astreintes. Si ella se quiere adoptar en un futuro, correspondería hacerlo en la ley procesal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

LIBRO VI
LAS OBLIGACIONES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN PRIMERA
Las obligaciones y sus modalidades

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Obligaciones de dar
(Artículos 1132 al 1147)

Consideraciones generales sobre las obligaciones de dar

El principio de identidad en las obligaciones de dar bien cierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1132
2. Análisis

Deber de información del deudor al acreedor sobre el estado del bien
1. Fuentes nacionales del artículo 1133
2. Análisis

Gastos de conservación del bien
1. Fuentes nacionales del artículo 1134
2. Análisis

Concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles

Concurrencia de acreedores de bienes inmuebles
1. Fuentes nacionales del artículo 1135

Concurrencia de acreedores de bienes muebles
1. Fuentes nacionales del artículo 1136
2. Análisis de los artículos 1135 y 1136

Supuestos de pérdida de un bien cierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1137
2. Análisis

Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1138
2. Análisis

Presunción de culpa del deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1139
2. Análisis

Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta
1. Fuentes nacionales del artículo 1140
2. Análisis

ESTUDIO MARCO CASTILLO FREYRE

Gastos de conservación
1. Fuentes nacionales del artículo 1141
2. Análisis

Obligación de dar bien incierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1142
2. Análisis

Reglas para elección de bien incierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1143
2. Análisis

Plazo para la elección
1. Fuentes nacionales del artículo 1144
2. Análisis

Irrevocabilidad de la elección
1. Fuentes nacionales del artículo 1145
2. Análisis

Efectos anteriores a la individualización del bien incierto
1. Fuentes nacionales del artículo 1146
2. Análisis

Reglas aplicables después de la elección
1. Fuentes nacionales del artículo 1147
2. Análisis
3. La línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
OBLIGACIONES DE DAR

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS OBLIGACIONES DE DAR

Demolombe[169] precisaba que en el lenguaje jurídico la palabra «dar» puede implicar tres acepciones diferentes: transferir la propiedad a título gratuito; transferir la propiedad en virtud de otra causa; y, por último, más generalmente, transferir a una persona el uso o la posesión de una cosa, como sería el caso de un bien dado en alquiler o pignorado.

Vale decir que la palabra «dar» se utiliza no sólo para expresar la obligación de transferir la propiedad, sino también el uso o la posesión del bien. Sin embargo, esto, que es claro en nuestros días, no siempre fue así. Demolombe recuerda que la acepción restringida de la palabra *dar* contó con partidarios muy autorizados que se fundamentaban en lo que era la terminología romana que, según ellos, el Código Napoleón quiso conservar. En este grupo de autores puede mencionarse a Colmet de Santerre, quien manifestaba que cuando en la definición de las obligaciones los jurisconsultos romanos oponían el *dare* al *facere*, pensaban en las obligaciones de transferir la propiedad; así, presumía que los redactores del Código Civil francés tomaron dichas expresiones en su antigua acepción, queriendo tratar acerca de la obligación de transferir la propiedad; y que no se debía tomar como prueba el artículo 1136 del mencionado Código, que refiere que la obligación de dar implica la de entregar, fórmula inexplicable en tanto la palabra «dar» era sinónimo de entregar, tal como lo establecen Duranton y Demolombe[170].

Dentro de estas acepciones de la palabra *dar*, resulta evidente que la segunda de las anotadas reviste mayor propiedad. Coincidimos con Demolombe[171] cuando señala que no es exacto decir que la palabra *dare* para los romanos significaba exclusivamente la obligación de transferir la propiedad, puesto que también expresaba, en una acepción general, la obligación de transferir el uso, acepción que se conservó en las leyes y costumbres del lenguaje francés. En tal sentido, el Código francés, siguiendo la fórmula de Pothier, tomó la palabra *dar* en un sentido general,

169 DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. París: Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires, 1870, tomo XXIV, pp. 376 y 377.

170 *Ibidem*, p. 377.

171 *Ibidem*, p. 378.

pudiéndose aplicar a todas las obligaciones cuya prestación consiste en la tradición de una cosa que el estipulante está autorizado a reclamar contra el promitente.

También en un sentido amplio, Alfredo Barros Errázuriz,[172] comentando el Código Civil chileno, entiende que la palabra «dar» es comprensiva de toda obligación de entregar, sea que se trate de la entrega de la mera tenencia o del uso, como en el arrendamiento de cosas, sea que se trate de la simple restitución de una cosa dada en comodato o en depósito, lo que está contemplado de manera expresa en el artículo 1460 del Código de ese país.

Por su parte, Jorge Eugenio Castañeda agrega[173], dentro de las varias acepciones que pueden comprender las obligaciones de dar, aquella que tiene por objeto la entrega de una cosa que se está en la obligación de restituir. Esta definición abarcaría, por citar dos ejemplos, el caso del comodatario que devuelve la cosa al comodante y el del depositario que le restituye el bien al depositante.

Cabe precisar, además, que la palabra «dar» debe tomarse en el sentido del latín *dare,* que significa hacer entrega de una cosa que se debe, y no está tomada en el sentido vulgar de donar o de hacer una liberalidad, concepto que es diverso y que proviene de la palabra latina *donare.*

En adición a lo expuesto, debe señalarse que las obligaciones de dar pueden comprender tanto la entrega de bienes muebles como inmuebles.

Por último, conviene indicar, siguiendo al tratadista italiano Alberto Trabucchi[174], que la obligación de dar tiene, en ocasiones, un contenido especial cuando tiende a la transferencia de un derecho real, como sucede, por ejemplo, en los casos en que la compraventa no tenga eficacia real inmediata[175]. Otras veces, la obligación de entregar significa sólo transmitir posesión, en cuanto que el derecho de propiedad ya habría pasado con anterioridad a la esfera jurídica del comprador.

Al respecto, debemos hacer mención de la denominada tradición ficta, que nuestro Código Civil recoge en su artículo 902, incisos 1 y 2. Ésta comprende, a su vez, dos modalidades distintas: la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio.*

172 Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil.* Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921, volumen II, p. 30.

173 Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones.* Lima: Editorial Villanueva, 1957, tomo I, p. 82.

174 Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo II, pp. 15-16.

175 Algunos autores consideran que el contrato de compraventa —por sí solo— es capaz de transferir propiedad. Por nuestra parte, consideramos que esta teoría se basa en una interpretación errónea de los verdaderos principios que inspiran a la figura, lo que implica reiterarnos creyentes de la teoría por la cual los contratos sólo generan obligaciones (obviamente también las regulan, modifican o extinguen), y es a través de la ejecución de las obligaciones que se transfiere la propiedad. En este caso la prestación se ejecuta en virtud del propio mandato legal. Se puede decir que la ley no da a los contratantes la oportunidad de incumplir con esta obligación.

En ambos casos resulta inútil la entrega del bien al cambiar la calidad posesoria de aquel que viene poseyéndolo[176].

En lo que a nosotros respecta, las obligaciones de dar son aquéllas a través de las cuales el deudor se obliga para con el acreedor a la entrega de uno o más bienes, ciertos, inciertos o fungibles, sea por el título que fuere, es decir, comprometiéndose a entregarlos en propiedad, uso, disfrute, etcétera, vale decir, de manera definitiva o transitoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

176 El texto del mencionado artículo 902, es el siguiente:
Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:
1.- Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.
2.- Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

El principio de identidad en las obligaciones de dar bien cierto

Artículo 1132.- El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1132

Dentro de la legislación colonial, podríamos considerar que el antecedente de este artículo son las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida 5: «*El pagamiento deuesse fazer de tales cosas como fueron puestas, e prometidas en el pleyto (pacto, contrato) quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga*».

El artículo 1132 del Código vigente registra como primer antecedente republicano al artículo 17 del Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, que establecía «El que está obligado a un hecho, no cumple ofreciendo el interés equivalente. Será precisado a cumplir su obligación, en los términos en que es contraída, por todo rigor de derecho, a no ser que intervenga causa no voluntaria, que absolutamente se lo impida». El tema también es tratado por el artículo 837 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836: «El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, aunque la que se le ofrezca sea igual, o de mayor valor»; por el artículo 2225 del Código Civil de 1852, que establecía que «No puede obligarse al acreedor a recibir en pago cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor que el de la otra. Se exceptúa los casos de imposibilidad, en que se observará lo dispuesto en los artículos 1815 y 1841»; y por el artículo 2907 del Proyecto de Código Civil de 1890: «El acreedor no puede ser obligado a recibir en pago una cosa distinta de la que se le debe, aunque el precio de la que se le ofrece, sea igual al de la debida, o mayor que él. Se exceptúan los casos en que sea imposible entregar la cosa debida, en los cuales debe observarse lo dispuesto en los artículos 1996 y 1986».

La misma materia fue luego abordada por el artículo 118 del Primer Anteproyecto de Libro Quinto, de Manuel Augusto Olaechea, de 1925, que establecía que «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa»; por los artículos 109 y 201 del Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1936, con el texto siguiente: artículo 109: «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa»; artículo 201: «No puede obligarse al acreedor a recibir en pago una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que la otra»; por el artículo 1161 del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936: «El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra»; por el numeral 1171 del Código Civil de 1936: «El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra»; por el artículo 2 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973: «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor»; por el artículo 1 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980: «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando ésta sea de mayor valor»; por el artículo 1144 del Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981: «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando ésta sea de mayor valor»; y, por último, por el artículo 1100 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque ésta sea de mayor valor».

2. Análisis

Las obligaciones de dar bien cierto son aquéllas que consisten en la entrega de un bien determinado. Corresponde ahora analizar uno de sus principios esenciales, a saber, el de identidad.

El citado principio, del que en definitiva emana la concepción misma de obligación de dar bien cierto, se encuentra recogido en el artículo 1132 del Código Civil de 1984, norma que inicia el tratamiento de las obligaciones de dar en lo que respecta a los bienes ciertos.

Para poder entender sus alcances, resulta necesario definir claramente en qué consiste un bien cierto. Así, debemos señalar que por bien cierto se entiende aquél que al momento de generarse la obligación (cualquiera sea su causa) se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado.

Esta sencilla definición nos permite advertir que en toda obligación de dar un bien cierto el deudor sabe con absoluta precisión qué bien deberá entregar y, a su vez, el acreedor sabe qué bien tiene derecho de recibir. A partir de esta premisa es posible comprender la regla contenida en el artículo 1132, precepto que recoge el principio fundamental de identidad en las obligaciones con prestaciones de dar, consistente en que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

Este principio, en palabras de Francesco Gazzoni, implica, ante todo, y a menos que se realice un acuerdo con el acreedor, que el cumplimiento debe ser exacto, en el sentido de que no puede existir disconformidad entre el objeto de la obligación y el objeto de la prestación concreta. Puesto que el cumplimiento debe ser exacto, el deudor no puede liberarse ejecutando una prestación distinta de la debida, aunque tenga igual o mayor valor, a menos que el deudor dé su consentimiento. En ese caso, las partes habrán estipulado un contrato propiamente dicho,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con carácter de pago, llamado *datio in solutum* (o «dación en pago»), con eficacia extintiva de la obligación. Por tener carácter de pago (es decir, por ser *solvendi)*, la causa de este contrato es externa[177].

Luis Moisset de Espanés se pronuncia en la misma línea, al afirmar que el deudor debe cumplir exactamente la misma prestación a la que estaba obligado. Bastaría un cotejo, una comparación entre el acto de cumplimiento del deudor y la prestación que debía, para que podamos establecer si realmente hubo exactitud en el pago[178].

En esencia, y como señala Ernesto C. Wayar[179], son tres los fundamentos sobre los cuales reposa el principio de identidad, a saber:

- En las obligaciones nacidas de los contratos, el principio de identidad se explica porque lo que las partes deciden, haciendo uso de su voluntad negocial, no puede ser luego, al tiempo del cumplimiento, alterado unilateralmente por alguna de ellas. La *intangibilidad* del contrato impide, pues, toda alteración ulterior; por tanto, el contratante que tiene que cumplir una obligación no puede dar en pago una cosa distinta de la debida según el título.
- En las obligaciones nacidas de fuentes distintas del contrato, el principio de identidad se explica en virtud del mandato imperativo de la ley. En efecto, cuando la ley ordena el cumplimiento de una obligación, el deudor no puede apartarse de ese mandato y dar una cosa o ejecutar un hecho distinto del que está dispuesto en esa orden.
- Con alcance general, se ha dicho que el principio de identidad tiene su razón de ser en la *naturaleza bilateral* de la relación obligatoria. La obligación es bilateral porque supone la concurrencia de dos «partes» —acreedora y deudora—, de donde se sigue que ninguna de ellas puede, por sí sola, modificar el contenido del deber.

El Código Civil peruano de 1984 recoge este principio al establecer, en el artículo 1132, que el acreedor no estará obligado a recibir otro bien distinto, aunque sea éste de mayor valor. Puede ocurrir, desde luego, que el deudor tenga un interés especial sólo en el bien que el deudor se ha comprometido a entregarle y no en otro, lo que, por ejemplo, podría incluso deberse a razones sentimentales. Sin perjuicio de lo anotado, es perfectamente posible, pero poco común, el caso en que el deudor, por diversos motivos, desee cumplir con una prestación que recaiga sobre un bien de mayor valor. Si bien el acreedor puede negarse a aceptarlo, será factible también que lo acepte.

177 Gazzoni, Francesco. «La extinción de las obligaciones: el cumplimiento». En León, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias: lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, 2007, pp. 209-213.

178 Moisset de Espanés, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 330 y 331.

179 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 361-376.

Utilicemos como ejemplo, para ilustrar el principio de identidad, el caso de un deudor que se ha obligado ante su acreedor a entregarle el día de mañana el auto usado marca Nissan, modelo Sentra, año 2008, de placa AQZ-426, número de motor X y número de chasis Y.

Como es claro, en virtud de la norma bajo análisis, el deudor no podría liberarse de su obligación entregando un vehículo distinto a ése marca Nissan, modelo Sentra, año 2008, de placa AQZ-426, número de motor X y número de chasis Y. El acreedor podría negarse válidamente a aceptar la entrega de un vehículo distinto, sin importar que éste sea un auto de similares características e, inclusive, sin importar que el auto que le quiere entregar el deudor sea mejor o más costoso.

En ese sentido, mediante Casación n.º 865-2000-Lambayeque, de fecha 2 de enero de 2001, se ha precisado que, «No existirá identidad cuando el bien a que se obligaron las partes en el contrato sea distinto al que se pretende entregar, en tal caso el acreedor no podrá ser compelido a recibirlo tal como lo establece el artículo mil ciento treintidós *(sic)* del Código Civil, norma que recoge el principio de identidad del pago [...]».

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que, si el acreedor considerase conveniente, en aras de hacerse del vehículo, recibir el automóvil que se le está proponiendo entregar, y, por lo tanto, optase por aceptarlo, no habría inconveniente conceptual alguno. De configurarse tal supuesto, la obligación se extinguiría por cuanto se habría producido —dentro de lo previsto por el Código Civil peruano— una dación en pago, figura contenida en los artículos 1265 y 1266 del mencionado Código.

Conviene anotar que, aunque en primer término el principio de identidad da la impresión de ser una regla de protección exclusiva del acreedor, lo cierto es que también tutela al deudor, quien no puede ser compelido a entregar un bien distinto al pactado.

Así lo precisa la Corte Suprema también a través de la Casación n.º 865-2000-Lambayeque, de fecha 2 de enero de 2001, que señala, «[...] No resulta viable demandar la entrega de un bien distinto al pactado [...]».

Sobre el particular, se precisa recordar las palabras de José León Barandiarán[180], quien afirma que el principio de identidad significa que «Caracterizado el acuerdo en cuanto al objeto que forma la prestación, debe acatarse en principio dicho acuerdo; y por eso, así como el deudor no puede liberarse ofreciendo cosa distinta, aunque sea de mayor valor que la prometida, el acreedor no puede obligar al deudor a que le entregue otra cosa, aunque sea de valor menor».

Por otra parte, debemos subrayar lo dicho anteriormente, en el sentido de que las normas sobre las obligaciones de dar, previstas por el Código Civil, se aplican

180 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 17.

en los casos de transferencia de propiedad, de constitución de derechos reales y de cualquier otro título que implique la entrega física o jurídica del bien. Aquí precisa indicarse que dentro del principio de identidad va implícito el derecho del acreedor para exigir la entrega del bien. Como expresa Laurent[181], habiéndose garantizado la ejecución forzosa, se concluye que el deudor se encuentra obligado a entregar el bien objeto de la prestación, pudiendo ser compelido por la fuerza pública que las leyes ponen a disposición de la justicia.

En Derecho francés antiguo, éste era un asunto muy controvertido, ya que no quedaba claro si el vendedor de un cuerpo cierto estaba obligado a entregarlo y si podía ser compelido para esto; o si, ante su negativa, el acreedor debía contentarse con la compensación por daños y perjuicios. Esto queda claro en el Derecho actual, siendo evidente que el deudor de un bien cierto puede ser obligado a la ejecución forzosa de su obligación de dar. Es menester resaltar que la ejecución forzosa es una medida por la que puede optar el acreedor, siempre que no sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor.

Como agrega el propio Laurent[182], en cuanto a la obligación de dar, los principios no dejan duda alguna. La esencia de toda obligación es que se cumpla por la fuerza si el deudor no la cumple voluntariamente, y la obligación debe ejecutarse tal como fue acordada. Así como el acreedor no puede estar obligado, por el principio de identidad, a recibir otra cosa distinta a la que se le debe, igualmente no puede ser obligado a recibir las compensaciones por daños y perjuicios en lugar de la cosa estipulada.

Debe señalarse adicionalmente que, a pesar de que en materia de obligaciones de dar el Código Civil peruano de 1984 no contiene un artículo similar al 1150 —que otorga al acreedor de una obligación de hacer la posibilidad de adoptar distintas medidas—, es evidente que el incumplimiento de la obligación de dar por culpa del deudor faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; o exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; o, por último, dejar sin efecto la obligación. Estos principios se comprueban con la lectura del artículo 1219 del Código Civil.

Al respecto, Aníbal Torres Vásquez anota que, si la prestación no es ejecutada espontáneamente, el acreedor puede recurrir a los tribunales solicitando que se intime al demandado para que entregue el bien, y si a pesar de ello no lo hace, se procederá a la entrega forzada, autorizándose la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia. Es decir, a diferencia de las obligaciones con prestaciones de hacer (se entiende que se refiere a aquéllas que no terminan en un dar, habiéndose ejecutado ya el bien que se debe entregar), en las que no se puede utilizar

181 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 253.
182 *Ibidem*, p. 254.

la fuerza contra el deudor para que ejecute su prestación, en las obligaciones con prestación de dar sí se puede ejercer contra el deudor la fuerza institucionalizada que monopoliza el Estado para que cumpla con entregar el bien. Así, si el arrendatario no devuelve el bien arrendado al vencimiento del contrato, puede ser desalojado con el auxilio de la fuerza pública[183].

La ejecución de la obligación de dar por cuenta de un tercero es aceptada por la doctrina. Tenemos la opinión de Laurent[184], cuando señala que si el deudor obligado a entregar un bien se rehúsa a hacerlo, el acreedor puede pedir a los tribunales que se le autorice a adquirir por su cuenta un bien similar a expensas del deudor.

Debemos anotar, por último, que, no obstante que el artículo 1132 del Código Civil peruano regula el tema en las obligaciones de dar bienes ciertos, el principio de identidad allí acogido se extiende a todo el Derecho de Obligaciones, más allá de que, como veremos más adelante, en las obligaciones de hacer y de no hacer existan matices debido a sus características particulares que dificultan, en muchos casos, la posibilidad de que se exija la ejecución forzada.

Conviene recordar la Resolución n.° 794-2019-SUNARP-TR-T del Tribunal Registral: «7. De otro lado, en el escrito de impugnación se señala que la transferencia que se solicita inscribir a favor del menor de edad mejora el anticipo de legítima que ya le fuera otorgado, no obstante, es necesario mencionar que conforme al artículo 1132 del Código Civil el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor, en tal sentido, no es válido admitir la inscripción solo porque se estima que el menor de edad, quien asume la posición jurídica de acreedor en relación al predio inscrito en la partida N° 09061188, se beneficiará en función al mayor valor que se le asignó al bien, pues dicha circunstancia debe ser merituada por la instancia judicial competente».[185]

En tal sentido, resulta posible realizar una lectura del artículo 1132 de manera que lo allí dispuesto no se restrinja a las obligaciones de dar *(y, menos aún, de dar bienes ciertos)*[186]. Así, podríamos leer esta norma o principio de la siguiente manera: «El acreedor de una prestación, no puede ser obligado a aceptar otra, aunque ésta sea de mayor valor».

Dentro de esta línea de pensamiento se tiene que para la jurisprudencia nacional[187], según el principio de identidad del pago, se requiere que exista identidad cualitativa entre el objeto del pago y el objeto de la obligación. Sin embargo, tal

183 Torres Vásquez, Aníbal. *Código Civil.* Lima: Idemsa, 2002, pp. 678 y 679.

184 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo xvi, p. 255.

185 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante.* Lima: Editorial LP, 2024, p. 355. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Resolucion-794-2019-SUNARP-TR-T-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

186 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

187 Casación n.° 1689-97-Callao. Sala Civil de la Corte Suprema. En diario oficial *El Peruano.* Lima: 4 de agosto de 1998, pp. 1512 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

principio no es absoluto, ya que existen diversas situaciones en las que el objeto del pago difiere del objeto de la obligación, como es el caso, por ejemplo, de las obligaciones facultativas previstas en el artículo 1168 del Código Civil, en las que se puede sustituir el objeto del pago, así como en otras derivadas de la autonomía contractual.

Asimismo, otra ejecutoria, la Corte Suprema[188] sostiene que

> [...] interesa detenerse en el objeto del pago para analizar que este también se rige por principios sustanciales, entre ellos, el cual interesa al examen submateria, el principio de identidad mediante el cual se requiere que exista identidad cualitativa entre el objeto del pago y el objeto de la obligación; así, si de la causa o fuente (obligación preexistente) resulta que el deudor debe determinada cantidad de dinero o prestación, el objeto del pago no puede ser otra cosa que dicha cantidad de dinero o prestación [...]; pero, sin embargo, tal principio no es absoluto, ya que existen diversas situaciones en las que el objeto del pago difiere del objeto de la obligación, en las que se puede sustituir el objeto del pago, así como otras derivadas de la autonomía contractual.

El principio de identidad, por último, no sólo se limita a una identidad en torno al bien objeto de la obligación, distinguiéndolo de otros bienes; sino también se refiere a que el bien debe guardar plena identidad en cuanto a sus propias características, entre aquello que constituyó objeto de la prestación obligacional y aquello que se va a entregar al acreedor. En suma, no puede tener características distorsionadas o modificadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

188 Casación n.º 280-2000-Ucayali. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Citada por Torres Vásquez, Aníbal. *Diccionario de jurisprudencia civil*. Lima: Grijley, 2008, pp. 360 y 361.

Deber de información del deudor al acreedor sobre el estado del bien

Artículo 1133.- El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1133

El artículo 1133 del Código Civil no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; en el Código Civil de Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por 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 de Jorge Vega García del año 1973.

Esta norma fue propuesta por Felipe Osterling Parodi en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado en 1980 (artículo 2), con el texto siguiente: «El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas deberá, a solicitud del acreedor, presentar información sobre su estado». Luego fue recogida por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981 (artículo 1145): «El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas deberá, a solicitud del acreedor, presentar información sobre su estado»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984 (artículo 1101): «El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor».

2. Análisis

El artículo 1133 del Código Civil peruano impone al deudor de un conjunto de bienes ciertos la obligación de informar sobre su estado de conservación al acreedor cuando éste lo solicite.

Creemos que no ha debido restringirse tal obligación al supuesto de que ésta recaiga sobre un conjunto de bienes ciertos, ya que de la redacción del precepto podría deducirse que, si el deudor sólo está comprometido a entregar un bien cierto, no se encontraría obligado a informar sobre su estado cuando el acreedor lo solicitara. Sin embargo, nosotros creemos que la norma del artículo 1133 hay que interpretarla extensivamente, incluso para los casos que acabamos de señalar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La doctrina nacional sigue esa línea interpretativa. Así, Torres Vásquez afirma que la obligación del deudor de informar a su acreedor sobre el estado del bien no solamente existe cuando debe un conjunto de bienes ciertos, sino también cuando tiene que dar un solo bien cierto. Con la obligación del deudor de informar sobre el estado del bien debido cuando lo solicite el acreedor, se satisface el interés que tiene éste en conocer si el bien está siendo cuidado y conservado con diligencia antes de su entrega[189].

De igual manera, Luciano Barchi argumenta que el bien debe ser entregado en el estado en el que se encuentre al momento de contraerse la obligación. Pesa sobre el deudor un deber de información sobre el estado del bien durante toda la vigencia de la relación obligatoria. Se trata de un deber accesorio del deudor: «[...] son maneras de colaboración orientadas a hacer posible y efectiva la prestación»[190]. No obstante, es un deber que alcanza a cualquier obligación con prestación de dar bien cierto y no exclusivamente, como parece desprenderse del artículo 1133, a las obligaciones de dar «un conjunto» de bienes ciertos[191].

El sentido de este numeral se basa en la necesidad de satisfacer el legítimo interés que pudiese tener el acreedor que desea saber sobre el estado de conservación del bien mientras se encuentra en poder del deudor, vale decir, antes de su entrega.

De acuerdo con el principio de la buena fe, el deudor estaría obligado a informar al acreedor, aun si no le fueron solicitadas, todas aquellas circunstancias relevantes para la ejecución de la prestación que, por ejemplo, permitan al acreedor evitar un daño. El deber de informar en las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto se presenta tanto antes de contraer la obligación como una vez constituida, pero en este caso antes de la entrega. Esta obligación de informar encuentra su razón en un desequilibrio de conocimientos (asimetría informativa) entre las partes. En tal sentido, quien está en posesión de la cosa, está en mejor situación de conocer el estado en el cual ella se encuentra[192].

Para finalizar, debemos advertir que esta obligación de informar debe relacionarse con la diligencia empleada por el acreedor de la información. Esto significa que el adquirente debe observar una determinada diligencia enfocada a que sus intereses no se vean perjudicados; esta diligencia se manifiesta en solicitar a la otra parte la información necesaria con relación al bien y en la propia inspección

189 Torres Vásquez, Aníbal. *Código Civil. Op. cit.*, p. 679.

190 Ossola, Federico y Gustavo Vallespinos. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001, p. 112.

191 Barchi Velaochaga, Luciano. «Principio de identidad en la obligación de dar bien cierto». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 28 y 29.

192 *Idem*.

del bien. Si omite esta carga de informarse, podría incurrir en negligencia, por lo que después eventualmente no podría alegar su propio desconocimiento de tal o cual punto sobre el que tuvo la posibilidad de informarse[193].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

193 LLOBET I AGUDO, Joseph. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 44.

Gastos de conservación del bien

Artículo 1134.- La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega.

El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1134

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 sí regulaba la materia en sus numerales 730 y 731, con el texto siguiente: artículo 730: «La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa, y conservarla ilesa hasta su entrega, bajo la pena convencional que se haya impuesto; y en defecto de ésta, la de satisfacer daños e intereses al acreedor por autoridad judicial»; artículo 731: «La obligación de velar en la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto la utilidad común, o sólo la de una de las partes, reata a la obligada a cuidar de la cosa con todo el esmero de un buen padre de familia. Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos, cuyos efectos a este respecto se han explicado en los títulos correspondientes».

Por su parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema en su artículo 1262: «La obligación de dar una cosa determinada comprende la de entregarla en el tiempo convenido, y la de cuidarla entre tanto. Esta última obligación es más o menos extensa, según la naturaleza del contrato»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el numeral 1483: «La obligación de dar una cosa cierta o determinada comprende la de entregarla en el lugar y tiempo convenidos, y la de cuidarla entre tanto; pero, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, se extingue la obligación»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en su artículo 119: «La obligación de dar cosas ciertas, comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; y el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en su artículo 110: «La obligación de dar cosas ciertas comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

FELIPE OSTERLING PARODI - MARIO CASTILLO FREYRE

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 no registra antecedentes, al igual que el Código Civil de 1936.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, regulaba el particular en el artículo 3: «La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 3: «La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso». En igual sentido prescribían el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1146: «La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1102: «La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

2. Análisis

Es evidente que para poder entregar el cuerpo cierto debido es necesario cuidarlo, velar por su conservación, sustraerlo a determinados peligros, preservarlo y rescatarlo, pues de otra manera puede desaparecer, perecer o deteriorarse, inclusive con efectos tan graves para el bien en sí, o considerando la finalidad para la que se le destinó en el negocio jurídico, que su daño equivalga a la pérdida, y todo ello es, en principio, de la incumbencia de quien tiene la cosa en su poder[194].

En tal sentido, el primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil peruano de 1984 impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega, vale decir, de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve en el momento en que se efectúe la tradición de éste al acreedor, todas las características que tenía al tiempo en que se generó la obligación.

Siguiendo a Salvat, debemos resaltar que las relaciones obligatorias con prestación de dar engendran dos obligaciones a cargo del deudor: la obligación de conservar la cosa, o, mejor dicho, de velar por su conservación, para poder entregarla al acreedor cuando llegue el momento; y la obligación de entregarla[195].

194 Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, tomo I, pp. 129-132.

195 Barchi Velaochaga, Luciano. *Op. cit.*, pp. 30 y 31.

De este modo, como señala Luis María Boffi Boggero[196], toda obligación de dar un bien cierto lleva implícita la obligación de conservar la cosa, obligación que, como resulta evidente, es de ejecución previa a la de entregarla, ya que no puede entregarse una cosa que no ha sido conservada. Agrega el citado autor, que el deudor, para tal efecto, deberá tomar las diligencias necesarias. De no tomar tales diligencias, deberá responder por los daños y perjuicios que origine su culpa. Cabe advertir, como agrega Boffi Boggero, que, así como el deudor debe responder por culpa, también debe responder por dolo.

En las obligaciones con prestaciones de dar bien cierto, entonces, el deudor está obligado a entregar el mismo bien que prometió, que es el único objeto de su prestación, y que, por lo mismo, es el único que puede exigir el acreedor. Se desprende de esta clase de obligaciones, por lo tanto, que el deudor, además de la obligación de entregar el mismo bien que debe, posee la obligación accesoria de conservarlo hasta la entrega en la fecha señalada, que es la única manera como puede librarse de la obligación, respondiendo, por consiguiente, de la pérdida o deterioro del bien ocurridos por su culpa[197].

Desde esta perspectiva, es nítido que el deudor de una prestación de dar bien cierto soporta el deber de una diligente conservación de la cosa debida, desde el momento en que se constituye la obligación hasta el momento en que el bien se entrega. El deber de conservar la cosa comprende el realizar todos aquellos actos que son necesarios para mantenerla en buen estado y para preservarla de daños y desperfectos[198].

Actuar con diligencia y prudencia para evitar daños tiene un costo: el costo de la precaución o de prevención. Sin embargo, y como lo desarrollaremos más adelante, si bien el deber de conservación atañe al deudor, los costos que se generan no necesariamente corresponden a éste, tal como lo prescribe el artículo 1141[199].

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 4790-2013-Lima, de fecha 17 de junio de 2014, que analiza un contrato de adquisición de bien por remate, y señala lo siguiente, «*Octavo*.- Que, por lo que se concluye, que era responsabilidad del Banco Interbank entregar el cargador frontal en el estado en que se encontraba al momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios, conforme lo dispone el artículo 1550 del Código Civil; así como, conservarlo hasta su entrega, acorde con lo establecido en el artículo 1134 del citado cuerpo legal; además, así se especificó en la parte final del punto cinco del rubro introducción

196 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 308.
197 Torres Vásquez, Aníbal. *Código Civil. Op. cit.*, p. 680.
198 Barchi Velaochaga, Luciano. *Op. cit.*, pp. 30 y 31.
199 *Idem*.

de las Bases Generales antes referida: "(...) los bienes que se entreguen serán aquellos exhibidos para cada lote"».[200]

En la misma línea, observamos también lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente n.° 01750-2015-0-0701-JR-CI-04, de fecha 25 de septiembre de 2018, en la cual el juez determinó que, en un contrato de transporte, debido a que el dueño del cargamento no había contratado un seguro, la conservación del bien corría de cargo del transportista, «3.13.5.- De otro lado si bien, ambas demandadas han sostenido, respecto al seguro, que la empresa Alpha Trading se comprometió a contratarlo, hecho que al final no concretó y, por tanto, que la demandante es la responsable del aseguramiento de la mercancía. Debe considerarse que la demandada New Transport adjuntó como medios probatorios, las copias legalizadas de los correos electrónicos (folios 64-65 y 67-75) remitidas por el señor Juan Ramón Durler Velásquez, trabajador de Alpha Trading, a la empresa New Transport y corredor de seguros Riesgos & Soluciones, de los cuales se desprende lo siguiente: (i) las comunicaciones electrónicas obrantes en los folios 64 y 65 están relacionadas a un contrato de seguro de una mercancía distinta a la del presente proceso, cuyo número de reserva (*booking*) es 902266383 (ver específicamente 64-65), y se corrobora con la carta de fecha 6 de junio de 2017 (folio 66); (ii) del mismo modo, de los correos electrónicos obrantes de folios 67 a 75, se verifica que estos también se encuentran relacionados al contrato de seguro para una mercancía también distinta, con número de reserva también distinto (*booking*) 27801739220, que concuerda con la carta de fecha 24 de junio de 2013 (folio 76); asimismo, de dichas comunicaciones electrónicas se aprecia como fecha de salida (transporte) de la referida mercancía el 25 de junio de 2013, fecha distinta a la del presente caso (02.07.2013); consecuentemente, las demandadas, en virtud del artículo 1134° del Código Civil, se encontraban en la obligación de conservar el bien (mercancía) hasta su entrega».[201]

El segundo párrafo del artículo 1134 recoge el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo tal que, si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo con sus accesorios. La ley establece excepciones, si lo contrario resultase de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

En general, en lo relativo al segundo párrafo del mencionado artículo 1134, podemos decir que dicho precepto no hace sino recoger los principios establecidos

200 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 355. Consultado en: https://lpderecho.pe/interbank-debera-pagar-constructora-piezas-cargador-frontal-desmantelado-antes-entrega-pues-obligacion-conservarlo-casacion-4790-2013-lima/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

201 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 355. Consultado en: https://lpderecho.pe/empresas-encargadas-transportar-sacos-pecanas-pagar-solidariamente-robo-demandante-no-comprometio-contratar-seguro-exp-1750-2015-0/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO PEREZ

en el artículo 888 del Código Civil, en lo referente a las partes de un bien que se consideran sus accesorios. Esta norma señala que «Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien».

A decir de Boffi Boggero[202], si nada se puso en la obligación, parece acertado el criterio de Galli que recurre a la fuente: Freitas, y establece que las cosas accesorias aludidas por el artículo son «[...] aquellas cuya retención impediría tener por cumplido el objeto que se tuvo en vista al contraer la obligación de entregar la cosa principal».

Ahora bien, resulta fácil imaginar ejemplos de los dos primeros supuestos señalados en la parte final del artículo 1134, a saber, sobre las excepciones impuestas por la ley o el título de la obligación. Sin embargo, no resulta tan sencillo imaginar uno correspondiente al tercer supuesto, esto es, a las circunstancias del caso. Por nuestra parte, pensamos que podríamos comprender dentro de este rubro el siguiente ejemplo: si un laboratorio químico vende uno de sus locales a otro laboratorio químico, sin establecerse en el contrato si se deberán entregar o no los implementos e instalaciones propias del rubro o actividad que estaba desarrollándose en dicho local, de las circunstancias del caso (por ser también un laboratorio el comprador del local) deberá entenderse que se incluyen dichos implementos o accesorios dentro de los bienes a entregar. Lo contrario podría presumirse si quien adquiere dicho local no es otro laboratorio sino un almacén de mercaderías textiles, por ejemplo.

Cabe mencionar, también a modo de ilustración, el supuesto que plantea Manuel Augusto Olaechea, cuando expresa que la subordinación económica o la aplicación permanente a un fin no son principios estereotipados. De esta manera, el citado jurista señala que en el caso de una casa que tiene estatuas en su jardín, no se sabe si tendrá esos objetos en calidad de accesorios. Habría que atenerse a un contrato, a un acuerdo de partes, porque aquí no hay la costumbre de tener jardines con estatuas. Pero, contrariamente, si se comprara un castillo de la época de Luis XIV, todas las cosas adheridas a él, como las arañas de luz, las cortinas y las estatuas, formarán parte integrante del castillo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

202 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 307 y 308.

Concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles

Concurrencia de acreedores de bienes inmuebles

Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

1. Fuentes nacionales del artículo 1135

Dentro de las Partidas, encontramos la Ley 29, Título XXIII, Partida 3, y la Ley 4, Título III, Partida 5.

El artículo 1135 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; ni en el Código Civil de 1852.

El primer cuerpo legislativo en tratar la materia fue el Proyecto de Código Civil de 1890, que lo hizo en el artículo 1485, segundo párrafo:

> Siendo la cosa debida inmueble, es preferido, en el mismo caso, aquel acreedor, cuyo título está inscrito en el Registro de la propiedad; y si hay varios títulos que tienen este requisito, es preferido el acreedor cuyo título fue registrado primero. Si ninguno está registrado, el más antiguo. Cuando los títulos, ya se refieran a muebles o a inmuebles, son en todo iguales, no es válida ninguna de las obligaciones que de ellos resultan, pero todos los acreedores tienen derecho para exigir del deudor indemnización de daños y perjuicios.

El Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató el tema en su artículo 124: «Si la cosa cierta fuere inmueble y concurriesen diversos acreedores, será preferido el acreedor cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior»; en tanto que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 115: «Si la cosa cierta fuera inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

será preferido el acreedor cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el título conste de escritura pública».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, lo hizo en el numeral 1164: «Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento auténtico»; y el Código Civil de 1936 en su artículo 1174: «Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público».

Ya en el proceso de reforma del Código de 1936, la Alternativa de la Ponencia elaborada por Jorge Vega García, del año 1973, reguló el particular en el artículo 3: «Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquél cuyo título haya sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 6: «Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta».

El tema fue tratado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1148: «Cuando concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregar una cosa registrada, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1103: «Cuando la cosa es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarla, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

ESTUDIO FELIPE OSTERLING PARODI

Concurrencia de acreedores de bienes muebles

Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

1. Fuentes nacionales del artículo 1136

Dentro de la legislación colonial, podría decirse que el antecedente de este artículo fueron las *Partidas*, Ley 50, Título V, Partida 5: «*Una cosa vendiendo un ome dos vezes a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente, passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse le deue auer, e non el otro. [...] Otrosi dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, e a la possession, e pagasse el precio que el la deue auer, e non el primero*».

El artículo 1136 del Código Civil vigente no registró antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. El primer cuerpo legislativo en tratar el tema fue el Código Civil de Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en sus artículos 735: «Si se ha ofrecido dar o entregar una cosa puramente mueble a dos personas sucesivamente, la primera que haya sido puesta en posesión real, es preferida, y se hace propietario, aunque su título sea posterior en fecha, siempre que la posesión sea de buena fe»; y 736: «Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende, cuando la promesa haya sido pura y simple, mas si contiene día cierto o condición, no tiene efecto la entrega antes de cumplirse la calidad que la suspende».

El Código Civil de 1852 no legisló el tema, mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hizo en su artículo 1485:

> Si la cosa debida es mueble, y hay diversos acreedores que tienen derecho de exigirla del deudor, no habiéndola éste entregado a ninguno de aquéllos, es preferido el acreedor, cuyo título tenga fecha más antigua. Siendo la cosa debida inmueble, es preferido, en el mismo caso, aquel acreedor, cuyo título está inscrito en el Registro de la propiedad, y si hay varios títulos que tienen este requisito, es preferido el acreedor cuyo título fue registrado primero. Si ninguno está registrado, el más antiguo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Cuando los títulos, ya se refieran a muebles o a inmuebles, son en todo iguales, no es válida ninguna de las obligaciones que de ellos resultan, pero todos los acreedores tienen derecho para exigir del deudor indemnización de daños y perjuicios.

Por otro lado, debe mencionarse que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba el particular en sus artículos 122 y 123, del texto siguiente: artículo 122: «Si la cosa cierta que debe darse es mueble y la reclaman diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor a quien el deudor ha hecho tradición de ella, aunque su título sea posterior, siempre que su posesión sea de buena fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor»; y artículo 123: «Si la cosa cierta fuere mueble, y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 brindaba tratamiento al tema en sus artículos 113 y 114; artículo 113: «Si la cosa cierta que debe darse es mueble y la reclamaran diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor a quien el deudor ha hecho tradición de ella, aunque su título sea posterior, siempre que su posesión sea de buena fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor»; y artículo 114: «Si la cosa fuera mueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el título conste de escritura pública».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, lo hizo en su artículo 1163:

> Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento auténtico;

mientras que el Código Civil de 1936 legislaba la materia en su artículo 1173:

> Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe, a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ya dentro del proceso de reforma del Código de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, regía el tema en su artículo 5:

> Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público;

mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 7:

> Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta;

el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1149:

> Si reclamasen una cosa no registrada diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta;

y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1104:

> Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

2. Análisis de los artículos 1135 y 1136

A efectos de iniciar el análisis de los numerales 1135 y 1136 del Código Civil peruano, precisa manifestarse que para estudiar a cabalidad este punto es necesario abordar de manera interrelacionada los temas de la concurrencia de acreedores y la transferencia de propiedad.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

Previo al examen de la concurrencia de acreedores, aclaramos que lo habitual es que cuando un sujeto (deudor) se obliga a entregar un bien, únicamente se obliga a entregar ese bien a una sola persona (acreedor). Así, la práctica jurídica nos enseña que los casos en que se llega a presentar la concurrencia de acreedores no son comunes y constituyen, en realidad, una problemática cuantitativamente excepcional.

Sin perjuicio de lo expresado, es cierto que en ocasiones un sujeto (deudor), ya sea por mala fe o por error, se obliga a través de actos jurídicos independientes a entregar el mismo bien no a una persona, sino a varias ajenas entre ellas. En estos casos todas estas personas tendrían, en principio, derecho a recibir ese bien en virtud de la obligación que cada una contrajo con el deudor.

En supuestos como aquél la pregunta que el Derecho precisa contestar a fin de solucionar el conflicto al que la concurrencia de acreedores ha dado lugar, es cuál de los acreedores tiene prioridad o, lo que es lo mismo, el derecho de cuál de ellos debería primar: ¿quién tiene mejor derecho para que se le entregue el bien?

Las reglas que sirven para dar respuesta a esta interrogante varían, dependiendo de la naturaleza del bien que el deudor se ha obligado a entregar a dos o más acreedores. La concurrencia de bienes inmuebles se encuentra regulada por el artículo 1135 y la de bienes muebles por el 1136.

Como sabemos, en nuestro país la transmisión de la propiedad de los bienes muebles ciertos o determinados se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (artículo 947). Por su parte, el artículo 949 establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Estas normas se encuentran en el Subcapítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, del Libro V de los Derechos Reales.

A su turno, dentro del Libro VI de las Obligaciones, en el Título sobre las Obligaciones de Dar, encontramos los ya mencionados artículos 1135 y 1136, referentes a la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles, respectivamente.

Como puede inferir el lector, resultaría complicado entender a cabalidad la concurrencia de acreedores sin antes desarrollar el tema relativo a la transferencia de propiedad. Así, conscientes de la íntima relación que existe entre ambas materias, estimamos necesario analizar cómo opera nuestro sistema de transferencia de propiedad.

2.1. Análisis del sistema de transferencia de propiedad

A diferencia de lo que ha ocurrido respecto de los libros de acto jurídico, obligaciones o fuentes de las obligaciones del Código Civil, son escasos los trabajos que se han realizado en el Perú en torno al derecho de propiedad[203].

203 Remitimos al lector a la obra de uno de los autores de este Tratado: Castillo Freyre, Mario. *Derechos Reales. Principales y de garantía*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 105-230. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta innegable la riqueza conceptual y práctica que posee el tema del sistema de transferencia de propiedad, no obstante lo cual consideramos que el principal cuestionamiento que se puede hacer se centra en la seguridad que éste ofrece o que, en todo caso, debería ofrecer.

Un sistema de propiedad debe otorgar certidumbre al titular, lo que en palabras simples significa que la propiedad de la que goza debe ser una propiedad segura. Quien es propietario debe ser protegido por el sistema, de modo tal que no pueda ser despojado de su derecho.

Pero esa seguridad no debe circunscribirse únicamente al titular del derecho, sino que también debe extenderse a los terceros, pues ello garantizará que las transacciones se desenvuelvan de manera idónea y, por ende, que se produzca el intercambio de bienes y circule la riqueza.

Una rápida revisión del ordenamiento jurídico nos permite afirmar que, pese a sus defectos, nuestro sistema sí protege al titular y también a los terceros.

Es cierto que en materia de transferencia de propiedad inmobiliaria la seguridad que concede nuestro sistema —el cual, como veremos, ha seguido el modelo espiritualista francés— ofrece menos garantías que los modelos en los cuales se exige la inscripción registral para transmitir el derecho; sin embargo, ello no significa que debamos olvidar que durante años este sistema ha servido al Perú por adaptarse mejor a nuestra realidad.

Además de examinar el sistema de transferencia de propiedad, consideramos apropiado hacer un breve análisis de la conveniencia o inconveniencia de modificarlo en el estado actual de las cosas.

2.1.1. El sistema de derechos de propiedad: una perspectiva económica

No hay duda de que uno de los ejes sobre los cuales se sustenta todo sistema jurídico es el sistema de derechos de propiedad que, junto con el sistema contractual y el de responsabilidad extracontractual, permite no sólo la convivencia pacífica sino también el progreso económico de las sociedades, al incentivar la creación y circulación de la riqueza.

En términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que ésta permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos[204] para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien[205].

204 En tal sentido, Sergio Salinas Rivas comenta que la definición de los derechos de propiedad es lo que finalmente hace que los individuos optimicen la inversión en la conservación y explotación de un bien, pues permite concentrar en un solo individuo los beneficios y costos derivados de dicha inversión. Salinas Rivas, Sergio. «Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico». En *Ius et Veritas*, año VIII, n.° 14, junio 1997, p. 216.

205 Bullard González, Alfredo. «La propiedad inconclusa». En *Ius et Veritas*, año XIV, n.° 29, 2004, p. 100.

BIBLIOTECA MARIO CASTILLO FREYRE

No cabe duda de que un sistema de propiedad cumple un papel relevante en el desarrollo económico de cualquier país.

El sistema de propiedad vigente en una sociedad es el conjunto de especificaciones socialmente sancionadas —en tal medida, un sistema institucional—, diseñadas como un mecanismo para determinar la asignación de los recursos escasos entre los miembros de una comunidad[206].

Es así que la propiedad —como comenta De Soto— no es un simple papel, sino también una herramienta mediadora que captura y almacena la mayoría del material requerido para lograr que fluya la economía de mercado[207].

Las funciones que está llamado a cumplir un sistema de derechos de propiedad presuponen —como bien anota Torres López— que éste cuente con tres características[208]:

- *Universalidad*; todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás.
- *Exclusividad*; lo que significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

  Bullard destaca que este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter *erga omnes,* es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien[209].
- *Transferibilidad*; se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Partiendo de estas características, De Soto define a los derechos de propiedad como aquellos, tanto personales como reales, que reconocen a sus titulares la enajenabilidad y la exclusividad sobre ellos, es decir, la potestad de disponer

206 Salinas Rivas, Sergio. *Op. cit.*, p. 217.

207 De Soto, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 48. Lima, julio 2004, p. 18.

208 Citado por Bullard González, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003, pp. 148 y 149.

209 *Idem.*

libremente de ellos y la posibilidad de utilizarlos con exclusión de todos los demás o disfrutarlos libremente[210].

Si revisamos el Código Civil peruano de 1984, podemos percatarnos de que, en menor medida de la deseada, esas tres características sí se encuentran presentes en nuestro sistema de propiedad.

Veamos los textos de los artículos 923, 1135, 2014, 2016 y 2022:

> Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.
>
> Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
>
> Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, *cancele* o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los *asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan*[211].
>
> La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.
>
> Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.
>
> Artículo 2022.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.
>
> Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

Como puede inferirse de la lectura de las normas transcritas, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como característica a la exclusión, además de designar al registro como signo de cognoscibilidad, concediéndole, también, el mérito de que el derecho inscrito otorgue a su titular exclusión absoluta frente a terceros.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

210 De Soto, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987, p. 204.

211 La cursiva indica la actualización del texto en virtud de la modificatoria operada por la Ley n.° 30313, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo de 2015.

Ahora bien, un buen sistema de propiedad, señala De Soto, coloca los bienes de forma tal que nos permite distinguir sus similitudes, diferencias y puntos de conexión con los otros bienes. Los arregla en representaciones que el sistema rastrea conforme viajan en el tiempo y en el espacio. Adicionalmente, permite que se conviertan en bienes fungibles, representándolos en nuestras mentes para poder combinarlos, dividirlos y movilizarlos fácilmente a fin de producir mayores valores mixtos[212]. De allí que sostenga que denegar los derechos de propiedad no sólo deprime el crecimiento económico, sino también el capitalismo popular[213].

2.1.2. Importancia del derecho de propiedad en el Derecho francés

Nuestro estudio parte de una premisa que a estas alturas carece de rasgo alguno de duda, esto es, que la adquisición de la propiedad es un proceso crucial en tanto marca el inicio de una titularidad que no sólo compromete a las partes involucradas directamente en la operación, sino a todos los sujetos frente a los cuales el propietario ejerce su dominio.

Como resulta lógico en cualquier sociedad, que como tal se encuentra organizada y cuenta con instrumentos de orden social, el sistema jurídico es el único legitimado para establecer las formas en que se realiza la transmisión de propiedad.

Por lo general, cuando se aborda cualquier tema de Derecho Civil resulta casi imposible dejar de citar, por lo menos a través de una breve mención, al Derecho francés, y en especial a su Código Civil, más conocido como Código Napoleón, que entró en vigencia en el año 1804.

Si bien somos conscientes de que ningún código es huérfano de padres y que el contexto histórico en el que se desarrolla influye notable e innegablemente en su contenido, somos conscientes también de que no es motivo de este trabajo realizar un estudio a profundidad de tal materia.

Partiendo de dicha premisa, nos limitaremos a recordar algunas de las ideas más significativas sobre la transferencia de propiedad en el Derecho francés[214].

Con este objetivo definido, situémonos nuevamente en la historia, pero esta vez en el escenario francés propio del Code Napoléon. Allí, lo primero que salta a la vista es que el modelo liberal del siglo XIX, sobre el cual se sustentó este cuerpo normativo, tuvo como gran protagonista al derecho de propiedad. Alrededor de aquel derecho, que era considerado como absoluto e inalienable, giraban todas

212 De Soto, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza». *Op. cit.*, p. 17.

213 De Soto ha desarrollado sus ideas en su reconocido libro *El misterio del capital*, en el cual los derechos de propiedad formal son tomados como el centro del desarrollo económico.

214 Invitamos al lector a leer el tomo III del *Tratado de la venta*, escrito por uno de los autores de esta obra, Mario Castillo Freyre, en el que se realiza un minucioso estudio de los antecedentes históricos de la transferencia de propiedad en el Perú, abarcando, por supuesto, un análisis del Derecho francés (Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo III).

las demás instituciones, entre las que se encuentran el contrato e, incluso, la responsabilidad civil.

Portalis[215], tras analizar las normas del Proyecto del Código Civil francés, sintetiza esa trascendencia al expresar que el cuerpo entero del *Code* se encuentra consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad. Asimismo, resalta que este derecho es el fundamento sobre el cual reposan todas las instituciones sociales y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que asegura los medios de conservarla.

Luego de concluir su análisis acerca de las normas relativas al derecho de propiedad en el Proyecto de Código Civil, Portalis expresa algunas ideas muy claras sobre la transferencia de este derecho, las que, como veremos tras su lectura, ratifican una vez más la importancia que se le dio en el Código Napoleón:

> Ustedes no estarán sorprendidos de que este proyecto se reduzca a algunas definiciones, a algunas reglas generales: *pues el cuerpo entero del código civil está consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad; derecho fundamental sobre el cual todas las instituciones sociales reposan, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que él le asegura los medios de conservarla.*
>
> La ciudad no existe, decía el orador romano, sino porque cada uno conserva lo que le pertenece. Con la seguridad de esta gran verdad, este orador filósofo detenía en su tiempo todos los movimientos de las facciones empeñadas en desorganizar el imperio.
>
> Es por su respeto a la propiedad que las naciones modernas son deudoras de este espíritu de justicia y de libertad, que, en los tiempos mismos de la barbarie, supieron defender contra las violencias y los esfuerzos del más fuerte. Es la propiedad la que coloca en las selvas de la Germania las primeras bases del gobierno representativo. Es ella la que ha dado nacimiento a la constitución política de nuestros antiguos países de Estados, y que, en estos últimos tiempos, nos ha inspirado el coraje de sacudir el yugo y de librarnos de todas las trabas del feudalismo.

215 Portalis sostiene, haciendo un breve estudio acerca de los orígenes del derecho de propiedad, que la necesidad y la industria son los dos principales creadores de la propiedad, asegurando, además, que es justamente la propiedad la que ha fundado las sociedades humanas. Es ella la que ha vivificado, extendido, engrandecido nuestra propia existencia. Es por ella que la industria del hombre, este espíritu de movimiento y de vida que anima todo, ha sido llevado sobre las aguas, y ha hecho salir a la luz bajo los diversos climas todos los gérmenes de riqueza y de poder. *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil par les divers orateurs du conseil d'état et du tribunat, et discussion particuliére de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque project de loi.* París: Firmin Didot Frères, Fils et Cie., Livraires, Imprimeurs de l'Institut de France, 1867, tomo I, pp. 286 y 287.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es el derecho de disfrutar y de disponer de su bien de la manera más absoluta, *y que este derecho es sagrado en la persona del más pequeño particular. ¡Qué principio más fecundo en útiles consecuencias!*

Este principio es como el amo universal de toda la legislación; él recuerda a los ciudadanos lo que se deben entre ellos, y al Estado lo que él debe a los ciudadanos; él modera los impuestos; él fija el régimen feliz de la justicia; él detiene en los actos del poder público los favores que serían perjudiciales a terceros; él aclara la virtud y la propia beneficencia; él deviene la regla y la medida de la sabia composición de todos los intereses particulares con el interés común; él comunica de este modo un carácter de majestad y de grandeza a los pequeños detalles de la administración pública.

También ustedes han visto al genio que gobierna Francia establecer sobre la propiedad los fundamentos inquebrantables de la república.

Los hombres a los que las posesiones garantizan la fidelidad, están llamados en adelante a escoger aquello en lo que las luces, la sapiencia y la diligencia, deben garantizar las deliberaciones.

Sancionando el nuevo Código Civil nosotros habremos afirmado, legisladores, todas nuestras instituciones nacionales.

Ya ustedes han proveído todo lo que concierne al estado de las personas: hoy en día ustedes comienzan a regular lo que concierne a los bienes. Esto trata, por decirlo así, de ligar la estabilidad de la patria a la estabilidad misma del territorio. *No se puede amar su propiedad sin amar las leyes que la protegen. Consagrando máximas favorables a la propiedad, ustedes habrán inspirado el amor de las leyes; ustedes no habrán trabajado solamente en beneficio de los individuos, en el de las familias particulares, ustedes habrán creado un espíritu público, ustedes habrán abierto las verdaderas causas de la prosperidad general, ustedes habrán preparado el bienestar de todos*[216] (La cursiva es nuestra).

Hasta aquí las expresiones de Portalis, y cualquier apreciación nuestra acerca de la importancia que se daba al derecho de propiedad consideramos que estaría de más luego de leerlas.

Ahora bien, destacado el derecho de propiedad, consideramos oportuno señalar que el tema de la transferencia de aquél en el Derecho francés constituye uno de los tópicos que ha generado las más vivas polémicas y los más encendidos debates doctrinarios a lo largo de la historia del Derecho Civil contemporáneo.

216 *Ibidem*, pp. 294 y 295. Traducción libre.

Las razones de esta polémica son múltiples y conocidas; lo cierto es que mucho han expresado los diversos autores sobre ella y en todos los tratados de Derecho Civil se ha tocado el tema; prácticamente no existe doctrina de ningún país —de la tradición jurídica romano germánica— que deje de abordarlo.

Antes de revisar la evolución de dicha polémica y las diferentes posiciones que sobre la transferencia de propiedad se dieron en el Derecho francés, cabe advertir que ya en la Exposición de Motivos del *Code* que realizara Portalis[217], se otorgó preeminencia a la voluntad humana, al extremo de que por ella misma se pudiera transferir la propiedad, estableciendo una pauta muy clara del cambio de

217 «La venta es un contrato por el cual uno se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagarla.
Considerados en su substancia, los contratos pertenecen al derecho natural, y en todo aquello que respecta a sus formas, pertenecen al Derecho Civil; en materia de venta, como en toda otra materia, esto es el consentimiento, es la fe que hace el contrato; consecuentemente existe una verdadera venta desde el momento en el cual las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio.
Se decide, en el proyecto de ley, que la venta en general se perfecciona, aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado.
En las primeras épocas, era necesaria la tradición y ocupación corporal para consumar una transferencia de propiedad. Nosotros encontramos en la jurisprudencia romana una multitud de reglas y de sutilezas que derivan de estas primeras ideas.
Nosotros citaremos, entre otras, esta máxima: *Traditionibus et non pactis dominia rerum transferuntur.*
En los principios de nuestro derecho francés, el contrato bastaba, y sus principios eran a la vez más conformes a la razón y más favorables a la sociedad.
Distingamos al contrato en sí mismo, de su ejecución. El contrato en sí mismo está formado por la voluntad de los contratantes. La ejecución supone el contrato, pero ella no es el contrato mismo.
Se es libre de tomar una obligación o de no tomarla, pero no se es libre de ejecutarla o de no ejecutarla cuando se le ha tomado. El primer deber de toda persona que se obliga es el de observar los pactos que ella ha consentido, y de ser fiel a la fe prometida.
En la venta, la entrega de la cosa vendida y el pago del precio son actos que vienen en ejecución del contrato, son una consecuencia necesaria del mismo, que derivan de él como el efecto deriva de su causa, y no deben ser confundidos con el contrato.
La obligación está consumada desde que la fe está dada; sería absurdo que le fuese autorizada a eludir sus obligaciones no ejecutándolas.
El sistema de Derecho francés es, por tanto, más razonable que aquél de Derecho romano; él tiene su base en las relaciones de moralidad que deben existir entre los hombres.
Este sistema es todavía más favorable al comercio. Él hace posible aquello que no lo sería a menudo, si la tradición material de una cosa vendida fuera necesaria para perfeccionar la venta.
Por la sola expresión de nuestra voluntad nosotros adquirimos para nosotros mismos y nosotros transferimos a otro todas las cosas que pueden ser el objeto de nuestras convenciones. Se opera por el contrato una suerte de tradición civil que consuma la transferencia del derecho, y que nos da acción para obligar la tradición real de la cosa y el pago del precio. De este modo la voluntad del hombre, ayudada de todo el poder de la ley, supera todas las distancias, remonta todos los obstáculos, y deviene presente siempre, como la ley misma.
La regla de que la venta es perfecta, aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado, no se aplica más que a las ventas puras y simples, y no a las ventas condicionales o subordinadas a algún acontecimiento particular. Es necesario dirigirse en base a la naturaleza de las condiciones estipuladas, y en base a los principios que han sido establecidos a este respecto sobre las convenciones en general». *Ibidem,* pp. 590 y 591. (Traducción libre)

mentalidad propio del espíritu revolucionario, de una absoluta revalorización del individuo y de su importancia a la par que de su voluntad, como tal, en la sociedad.

Conviene en esta parte revisar la evolución de la transferencia de propiedad en el Derecho francés.

2.1.2.1. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés prenapoleónico

Debido a que el artículo 1582 del Código Civil francés señala que el vendedor está obligado a «entregar» al comprador el bien vendido, y no especifica los alcances del término «entregar», la doctrina francesa, a pesar de lo señalado por Portalis en la Exposición de Motivos del Código, se llena de dudas respecto de si el Código de 1804 continuaba o no con el mismo criterio que el Derecho romano había seguido sobre el particular.

Veamos por qué la doctrina francesa ingresó a analizar esta supuesta similitud, además de lo que consideraba acerca de las características del contrato de compraventa en Roma. Luego de tratar esta materia, abordaremos la relación existente entre ambos Derechos en torno al tema bajo estudio.

Según Mourlon[218], los jurisconsultos romanos definían a la venta como el contrato por el cual una de las partes se obligaba a entregar una cosa mediando un precio que la otra prometía pagarle.

Pero, más allá de la definición misma, ¿qué era aquello que entrañaba la celebración de un contrato de compraventa en el Derecho romano, para la doctrina francesa?; vale decir, ¿cuáles eran los efectos de ésta?

La respuesta nos la da el propio Mourlon cuando señala[219] que en el Derecho romano la venta concluida o perfecta generaba dos efectos:

1. Ella producía obligaciones. Su efecto directo, inmediato, era el de hacer al vendedor deudor de la cosa vendida y acreedor del precio, y al comprador deudor del precio y acreedor de la cosa vendida. De este modo, la venta no era sino una permuta de acreencias.
2. Ella ponía los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador, quien, por consiguiente, estaba obligado a pagar su precio, aun en el caso en el cual la cosa pereciera antes de la tradición, pero sin culpa del vendedor.

El primero de los elementos señalados por Mourlon, en realidad, es recogido como uno de los puntos centrales de discusión sobre el tema de este análisis por la mayoría de autores consultados. Estos afirman, en abrumador número, que la compraventa en el Derecho romano no conllevaba la obligación, por parte

218 Mourlon, Frédéric. *Répétitions écrites sus le Code Civil*. París: s/e, 1878, tomo III, p. 206.
219 *Ibidem*, p. 208.

del vendedor, de transferir al comprador la propiedad del bien vendido, sino la de garantizarle su tranquila y pacífica posesión.

El mismo Baudry-Lacantinerie, en su tratado, y junto a Saignat, sostiene[220] que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad; el materialismo romano no admitía que la transferencia de la propiedad pudiese resultar de una simple concepción jurídica, un acto material era necesario; se le encuentra, siguiendo los casos y las épocas, en la *mancipatio*, en la *cessio in jure* y en la *traditio usucapion.*

Más adelante[221], agrega que el vendedor no se obligaba a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir, a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. Dice que resultaría, sin duda, que el vendedor, sobre el cual continuaría reposando el derecho de propiedad, no podría prevalerse para desposeer o perturbar al comprador, que él mismo debía defender a este último contra las perturbaciones de las que él estaba amenazado por parte de terceros; pero en tanto que el comprador no estuviese ni desposeído ni perturbado, él no tendría ninguna acción contra el vendedor, aunque él hubiese tenido la prueba de que este último hubiera vendido una cosa de la cual él no era propietario.

Marcadé sostiene lo mismo cuando expresa[222] que en Roma y en el antiguo Derecho francés, la venta no tenía por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra él la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad de ésta.

De todos los autores consultados, es Troplong quien, junto a Colin y Capitant, hace una de las mejores apreciaciones acerca de los alcances del contrato de compraventa en el Derecho romano, esto, a raíz del texto del artículo 1582 del Código Napoleón. Troplong señala[223] que la norma aludida responde a la idea de Ulpiano, expresada en la ley Número 11, Número 2, *Digesto* De act. empt.: «*In primis rem proestare venditorem oportet, id est trajere*»; y que, sin embargo, los jurisconsultos romanos iban más lejos: ellos decían que el vendedor no estaba obligado a hacer al comprador propietario de la cosa. Siguiendo esta teoría, el vendedor no estaba obligado sino a hacer tradición del objeto vendido y a defender al comprador de las perturbaciones que le inquietasen; pero él no contrataría la obligación precisa de transferir la propiedad al adquirente. De este modo si, por ejemplo, Titius hubiese vendido un inmueble del cual se creía propietario, pero que en el acto no le pertenecía, su comprador no habría tenido el derecho de reclamar, ya que él no habría sido perturbado por el verdadero propietario, pues

220 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil.* París: Librairie de la Société du Recueil. J. B. Sirey et du Journal du Palais. Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908, tomo XIX, p. 3.

221 *Ibidem,* p. 4.

222 Marcadé, Victor. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon.* París: Rue des Grès, 16, Près de l'École de Droit, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1852, tomo VI, p. 141.

223 Troplong, Raymond Théodore. *Droit Civil expliqué. De la vente.* París, 1856, tomo II, pp. 5-7.

la venta no obligaba a Titius a investirlo de la propiedad, sino solamente a transferirle todos los derechos y a garantizarlo en caso de evicción.

Troplong agrega que toda esta teoría del Derecho romano le parecía dominada por la influencia del viejo Derecho Civil de la República, que era esclavo de las palabras y que medía la trascendencia de un contrato sobre la denominación que él tenía en la lengua científica, y no sobre las expresiones sacramentales en las cuales se servía para formarlo entre las partes. Como nada dentro de las fórmulas ordinarias y dentro de la calificación del contrato de venta implicaba precisamente la obligación de transferir la propiedad, como este contrato tenía un sentido real y un fin positivo, aparte de toda necesidad de hacer al comprador propietario inconmutable, se habría pensado que sería necesario permanecer fuera de esta necesidad, a fin de no hacer decir a las palabras aquello que ellas no expresaban directamente. Casi siempre, en el Derecho romano —decía— se encuentran los vestigios de estas ideas estrechas, que presidieron a la constitución aristocrática del Derecho Civil en los primeros siglos de Roma, y en el cual los prudentes y los pretores tuvieron tanta inquietud para refrescarla. Por lo demás, en los contratos que eran menos romanos (si se puede hablar de este modo), es decir, menos sometidos a las exigencias de este Derecho Civil tan arbitrario y celoso de estas anomalías, se encontrarían principios más amplios y más conformes al Derecho Natural. Es de este modo que, en la permuta, era admitido que cada parte debía hacerse respectivamente propietaria de aquello que ella daba y de aquello que recibía.

Algunos autores llegan a sostener que, en el Derecho romano, si se pactaba dentro de un contrato de compraventa que operase transferencia de propiedad, éste hubiera sido un contrato innominado.

Sobre este tema, al explicar su tesis, Marcadé[224] afirma que

> Sin duda se habría podido celebrar en Roma un contrato en el cual una de las partes, por el precio de la suma de dinero que la otra le pagase, habría transferido a esta última, o prometido transferirle, la propiedad misma de una cosa; pero este contrato no habría sido nunca el contrato de venta, él habría constituido uno de estos numerosos contratos a los cuales la legislación no ha dado nunca denominación particular y que se llamarían contratos innominados: en cuanto a la venta, ella no engendraría contra el vendedor sino la obligación de procurar al comprador la libre posesión del bien.

Troplong[225], por su parte, sostiene que «Cuando, por una cláusula expresa, el vendedor se obligase a hacer al adquirente propietario, ésta sería una estipulación exorbitante del contrato de venta; el contrato cesaría, él mismo, de ser calificado como venta, él volvería a la clase de los contratos innominados. Esta venta será una obligación *ob rem dati re non secutor*».

224 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, p. 141.

225 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, p. 6.

La totalidad de autores consultados coinciden en que el Derecho francés anterior a la vigencia del Código Civil de 1804 recogía, respecto del contrato de compraventa y la transferencia de propiedad, prácticamente los mismos criterios y principios que el Derecho romano.

En tal sentido, Baudry-Lacantinerie y Saignat[226] señalan que todos estos principios eran admitidos:

> [...] en el antiguo Derecho francés, no solamente en regiones de Derecho escrito, sino inclusive en regiones de costumbres. No era cuestión ni de *mancipatio* ni de *cessio in jure*, pero faltaba la *traditio*, que había devenido en el modo ordinario de traslación, faltaba también la *prescription*, que, habiendo tomado el lugar de la *usucapion*, hacía adquirir por la posesión prolongada. Se sentía, por tanto, que el fin de la venta era el de hacer al comprador propietario de la cosa vendida. También la práctica, tomando la delantera a la legislación, estaba llegando a eludir la necesidad de la tradición real, sustituyendo ahí una suerte de tradición ficta: se escribía en las actas de venta unas cláusulas por las que no cabe duda de que una tradición tuvo lugar, cuando el comprador no ha hecho todavía algún acto material de toma de posesión; éstas eran las cláusulas de desocupación-ocupación, de vestir-desvestir, suponiendo hecha una tradición que no existía, pero que estaba en la intención de las partes, y la ficción reemplazaría de este modo a la realidad.

Troplong, a su vez, sostiene[227] que cualquiera que sea la doctrina expuesta sobre los efectos de la venta en el Derecho romano, pasa completa al antiguo Derecho francés, bajo los auspicios de Dumoulin y de Pothier.

Guillouard es también del mismo criterio, pero anota[228] que ya en el último estado del antiguo Derecho francés, la opinión contraria a los principios romanos se había hecho actual, pues los antiguos jurisconsultos franceses habían visto bien el fin que las partes se proponían en el contrato de venta, siendo finalmente la transferencia de la propiedad, y que ella obligaba al comprador a operarla.

En realidad, cuando los autores franceses hacen mención a las tesis del antiguo Derecho de ese país, se refieren, básicamente, a las posiciones de Pothier —el máximo exponente de esta etapa del Derecho en Francia (siglo XVIII)—, Argou y Bourjon.

En las siguientes líneas intentaremos rescatar algunas de las posiciones de estos juristas, a veces olvidados injustamente, cuando tratamos acerca del Derecho francés.

226 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, p. 4.

227 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, p. 7.

228 GUILLOUARD, Louis. *Traité de la vente et de l'échange*. París: A. Pedone, Editeur, 1902, tomo I, pp. 10 y 11.

Baudry-Lacantinerie[229] señala que Bourjon escribía: «El principal efecto de la venta de un inmueble está en hacer pasar la propiedad y el disfrute de éste en la persona del adquirente; esta tradición es su fin»; y Argou sostenía que: «La venta, entre los romanos, obligaba al vendedor a la tradición; entre nosotros ella transfiere la propiedad».

Esta opinión de Bourjon también es recogida por Guillouard[230], quien además recuerda el parecer de Argou, en el sentido de que la venta es «Una convención de dar una cierta cosa por un cierto precio», considerando esta definición como la traducción del *dare* del Derecho romano.

Baudry-Lacantinerie agrega[231], sin embargo, que estas ideas nuevas no expresaban todavía el verdadero estado de la legislación, que eran desiderata antes que verdades, y Pothier, quien las resumía con mayor exactitud, definía la venta al modo de los jurisconsultos romanos y no haciendo un acto traslativo de propiedad. «La venta es un contrato por el cual uno de los contratantes, quien es el vendedor, se obliga respecto del otro a hacerle tener libremente, a título de propietario, una cosa por el precio de una cierta suma de dinero, que el otro contratante, quien es el comprador, se obliga recíprocamente a pagarle».

Y comentando su definición, Pothier afirmaba: «Yo he dicho de hacerle tener a título de propietario. Estos términos, que respondían a esto de aquí: *proestare emptori rem habere licere*, limitando la obligación de entregar la cosa al comprador y aquella de defenderlo, después de que ella le ha sido entregada, de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseer la cosa y comportarse como propietario; pero ello nos limitaba la obligación precisa de transferirle la propiedad».

Añade Baudry-Lacantinerie que Pothier reconocía, es cierto, un poco lejos que «es muy de la esencia del contrato de venta que el vendedor no quiera retener el derecho de propiedad de la cosa que vende, ya que él es el propietario y él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero no es la venta la que opera esta transmisión, y si el vendedor había vendido una cosa de la cual él no era propietario, él no estaría obligado sino a defender al comprador contra todos aquellos que quieran hacerle abandonar o ceder la cosa e impedirle comportarse como propietario».

Laurent[232] señala que, a su entender, la definición otorgada por el artículo 1582 del Código Napoleón es la definición de Pothier, pero Pothier, como siempre, es más exacto y más completo, a riesgo de ser extenso. Él no dice que el vendedor se obliga solamente a entregar; precisa la obligación diciendo que él se obliga respecto del comprador a hacerle tener la cosa libremente, a título de propietario,

229 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, pp. 4 y 5.
230 Guillouard, Louis. *Op. cit.*, p. 11.
231 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, pp. 10 y 11.
232 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvi, p. 107.

y precisa también la obligación del comprador, que no es solamente la de pagar, sino pagar una cierta suma de dinero.

Continúa Laurent y se pregunta «¿Qué es aquello que Pothier entiende por estas palabras: "De hacerle tener la cosa libremente a título de propietario"? ¿Esto quiere decir que el vendedor está obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa que constituye el objeto del contrato?». La respuesta para el mencionado tratadista es la negativa, pues considera que Pothier tiene cuidado de agregar la explicación de que el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador y a defenderlo de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseerla como propietario. Lo señalado por Laurent se basa en el siguiente razonamiento de Pothier, que éste y Guillouard[233] recogen:

> Es bien de la esencia del contrato de venta, [...] que el vendedor no quiere retener el derecho de propiedad de la cosa que él vende, cuando él es el propietario, y que él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero, cuando el vendedor no es el propietario, él no se obliga a transferir la propiedad de la cosa; él está solamente obligado a defender al comprador contra todos aquellos que quisieran hacerle desposeerse de la cosa e impedirle comportarse como propietario.

Al revisar el artículo 1582 del Código Napoleón acerca de la compraventa, y después de haber leído la opinión del ponente del título respectivo en la Comisión que elaboró el proyecto de dicho Código, se puede deducir que la Comisión había querido introducir verdaderas reformas radicales en lo que se refiere a la concepción que sobre ese contrato se venía manejando en el antiguo Derecho francés.

Sin embargo, existió un renombrado autor de ese país que consideraba que el Código en realidad no había operado ninguna modificación radical al respecto, sino que más bien continuaba dentro de la línea tradicional proveniente del Derecho romano. Se trataba de Toullier. Su posición es mencionada, comentada y criticada por cuatro de los principales tratadistas franceses: Marcadé, Troplong, Baudry-Lacantinerie y Saignat.

La posición más clara y determinante, en el sentido de que el Código había roto por completo con los antiguos principios tradicionales, es sostenida y elaborada por Troplong[234].

233 GUILLOUARD, Louis. *Op. cit.*, pp. 10 y 11.

234 «El señor Toullier ha buscado restaurar sobre este punto, en su XIV y último volumen, la teoría contraria que yo considero como anticuada, desde todo punto de vista. La gran autoridad en la cual juegan las opiniones del señor Toullier harían mi demostración incompleta, si yo no establezco, en esta circunstancia, que este no ha permanecido fiel al espíritu de la sana crítica que le ha hecho, tan a menudo, descubrir las innovaciones y los progresos del Código. Yo estoy, por tanto, forzado a aportar algunas pruebas a aquellas que yo ya he deducido. Este punto es fundamental: él domina toda la materia de la venta, y no sería posible hacerse ideas justas sobre el más frecuente de todos los contratos, si un principio tan esencial permaneciese oscuro y dudoso.

En primer lugar, yo dejaría al señor Toullier combatir al autor del nuevo Denizart, que habría buscado escapar a la antigua doctrina, pero satisfactoria para su razón. Que este jurisconsulto ha estado mejor servido por la intuición de su buen sentido que por su análisis y su crítica; que él ha dado argumentos más o menos débiles en apoyo de una idea que el genio filosófico de Grotius había abrigado como verdadera, lo que importa poco hoy en día. El Código Napoleón ha dicho: él sólo debe ser el centro de la discusión.

El artículo 1599, que ha declarado nula la venta de la cosa ajena, ha operado una innovación remarcable en el Derecho francés. Yo he buscado más alto para explicar su trascendencia; y, siempre restringiéndolo en sus justos límites, he demostrado que él engendra graves consecuencias, y que él no ha sido colocado en el Código como una disposición inerte y parasitaria. Ya que la venta de la cosa ajena es nula, se sigue que el vendedor que no transmite a su comprador un derecho de propiedad pleno y no equívoco, no satisfará a su principal obligación, y que él se expone a una acción de nulidad. ¿Cuál es la sanción de una venta nula? Es una acción de nulidad. Si el vendedor cede una cosa que no le pertenece, si el adquirente no es investido de la propiedad, si él está amenazado por el derecho de un tercero, verdadero propietario, el contrato es nulo, y el adquirente puede perseguir el aniquilamiento de la venta contra el vendedor que no ha cumplido sus obligaciones. Esta idea fluye con evidencia, no solamente del artículo 1599 del Código Napoleón, sino también de muchos otros que la confirman. Yo citaría 1° el artículo 1583, que quiere decir en tanto que haya convención sobre la cosa y sobre el precio, que la propiedad sea adquirida de derecho (de oficio) por el adquirente; 2° el artículo 1604, que define la entrega como el transporte de la cosa en el disfrute (*puissance*) del comprador, y yo vengo de decir que esta palabra (*puissance*) tiene una gran energía, que no puede hacer alusión sino al derecho de propiedad; 3° el artículo 1653, que mira un justo temor de la evicción como suficiente para autorizar la retención del precio entre las manos del comprador, y he mostrado que este artículo excede acá en protección y en favor de las leyes romanas de la antigua jurisprudencia, que exigía que el asunto de la propiedad fuese levantado.

De acuerdo a estas disposiciones, concluyo al respecto en que el Código Napoleón ha entrado en las vías de un perfeccionamiento reclamado por los jurisconsultos, filósofos, y que él ha proscrito la sutileza de las leyes romanas, popularizadas en Francia por Pothier.

El señor Toullier no ha centrado su atención sobre los matices que se tocan en los artículos 1583, 1604 y 1653. Él se ha dejado dominar exclusivamente por algunos artículos impregnados de una terminología incompleta, valorada en Pothier (artículos 1603 y 1582), pero que deben ser explicados por otras disposiciones más precisas y más exactas. Una sola objeción ha tocado el señor Toullier, aun cuando esté lejos de ser la única: esta es que toma su punto de apoyo en el artículo 1599 que declara nula la venta de la cosa ajena. Es muy grave en efecto para tener escape a esta sagacidad. ¿Pero cómo ha respondido el señor Toullier? Yo no temo decir que es por un error capital. El artículo 1599, dice él, no autoriza al adquirente a demandar la resolución (habría que decir, más bien, la nulidad): la acción de daños y perjuicios es la única que él da al comprador que ha ignorado que la cosa no pertenecía al vendedor. ¡¡¡Él no le da la acción de resolución, porque la naturaleza del contrato de venta no es precisamente la de transferir la propiedad de la cosa vendida, sino de hacerla tener al comprador a título de propietario!!!

Vean, es necesario reconocer una sorprendente proposición. ¡¡¡La cual pues no termina de perturbar el buen sentido por esta doctrina a todas luces irracional que quiere que aquél que no compre sino para devenir en propietario no pueda exigir que su vendedor lo invista de la propiedad; es necesario, inclusive, pedir un nuevo sacrificio a la lógica e ir hasta pretender que una venta declarada nula por la ley no engendra acción de nulidad, todo para perpetuar sutilezas desde hace largo tiempo proscritas por la razón moderna e incompatibles con el ingenioso y simple derecho del Código Napoleón!!! Es cierto que el artículo 1599, después de declarar la nulidad de la venta de la cosa ajena, agrega: ella podrá dar lugar a daños y perjuicios cuando el comprador ha ignorado que la cosa era de otro. ¿Pero esto equivale a decir que el comprador no tendrá sino una acción de daños y perjuicios, que él no podrá hacer romper un contrato viciado en su origen, y que él deberá permanecer bajo los peligros o temores que le impiden encariñarse a su propiedad y hacerla estéril en sus manos? Para que un resultado tan peligroso para el comercio y el derecho de propiedad fuese admitido, sería necesario que se le encontrase escrito en la ley en términos positivos. Pero quien no ve que el artículo 1599 la rechaza al contrario de todas sus fuerzas, que él coordina la

2.1.2.2. Características del contrato de compraventa en el Código Civil francés

Corresponde referirnos ahora a los efectos del contrato de compraventa.

Mourlon[235] señala que en el Derecho francés la venta concluida puede producir hasta tres efectos: primero, crear obligaciones; segundo, transferir la propiedad; tercero, poner los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador.

Pero agrega que estos tres efectos no se encuentran siempre reunidos. La venta es algunas veces solamente productora de obligaciones, y otras veces traslativa de propiedad, al mismo tiempo que creadora de obligaciones con o sin riesgos para el comprador.

---

acción de daños y perjuicios con la acción de nulidad, que en una palabra, el comprador tiene a la vez: 1° el derecho de sustraerse a un mal negocio y a una fuente de proceso por la acción de nulidad; 2° el derecho de demandar daños y perjuicios a su vendedor que ha faltado a sus obligaciones. ¡Qué sería esto, yo lo pregunto, sino una nulidad que dejaría subsistir el acto con todos sus inconvenientes y sus riesgos, nulidad puramente nominal y ociosa, y verdadera ilusión consagrada por la ley! ¿Se puede concluir en que una nulidad sea declarada de derecho (de oficio) y que el legislador se opone a que ésta sea perseguida y obtenida? ¿No es contradictoria al primer punto principal querer que en el mismo artículo la nulidad sea escrita en términos formales y borrada en la línea siguiente, probablemente como un error o una distracción? Pues no hay que equivocarse con esto, la acción de daños y perjuicios no está siempre fundada sobre una nulidad, y ahí hay una multitud de ejemplos en donde hay lugar a reparaciones pecuniarias, aun cuando el contrato sea válido en sí mismo. No es, por tanto, exacto el sostener que los daños y perjuicios pueden ser la sola sanción de una disposición prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. Ahí donde hay nulidad pronunciada, es necesaria una acción que sirva de correlato y haga caer el acto; la reparación del daño no es sino algo accesorio.

Por lo demás, no puede impedirse reconocer que, ya que la venta de la cosa ajena es nula, el adquirente tiene el derecho de exigir que el vendedor no le transmita sino un objeto del cual es realmente propietario. Ahora bien, si el vendedor falta a esta obligación, ¿no está ahí el artículo 1184, que a falta del artículo 1599, autorizaría al comprador a demandar la resolución? De este modo, sea por la acción de nulidad, sea por la acción de resolución, el comprador tiene el medio infalible de sustraerse a la influencia de la antigua jurisprudencia, muy fácilmente adoptada por el señor Toullier.

Yo no recordaría, por lo demás, las opiniones de los oradores del Tribunal, que he citado en apoyo de mi sentimiento. Pero yo agregaría una observación. ¿No es cierto que, en el contrato de permuta, la propiedad debe efectiva y necesariamente pasar a quien la recibe? *Itaque Pedius ait: alienam rem dantem nullam contraere pernintatu rem* (L.1, # 3, D. *De rer perm*).

¿No ocurre lo mismo en la dación en pago? Ahora bien, ¿por qué sería distinto en la venta, que tiene con la permuta y la dación en pago las más grandes analogías?

¿Es necesario continuar, bajo el Código Napoleón, sometiéndolas a la tortura de mantener las distinciones que el espíritu comprende apenas y que la razón niega altamente?

Yo haría remarcar, para concluir, que el señor Toullier no ha sido arrastrado en el error que yo vengo de señalar, sino porque él ha visto a Pothier como el verdadero comentarista de los artículos 1582, 1583, 1604 y 1653 del Código Napoleón. Yo he tenido, por tanto, razón de insistir en mi prefacio sobre la necesidad de ponerse en guardia contra tan gran número de opiniones enseñadas por el ilustre autor del *Tratado de las Obligaciones*, y que no cuadran más con las teorías avanzadas del Código Napoleón. Cuando se ve un escritor de la fuerza del señor Toullier dejarse equivocar por esta autoridad —algunas veces— intempestiva y tomar por el espíritu inspirador del Código Napoleón el contrario que éste tiene, rechazando disposiciones positivas, es necesario sorprenderse [...].

Debo agregar, además, que el continuador de Toullier, el señor Duvergier, se ha pronunciado también contra su teoría». (TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, pp. 5 y ss. Traducción libre).

235 MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, p. 209.

Expresa el citado autor, sin embargo, que los tres efectos están reunidos cuando la venta pura o a término tiene por objeto un cuerpo cierto del cual el vendedor es propietario. Esta venta obliga al vendedor a entregar y a garantizar la cosa vendida, y al comprador a pagar el precio. Además, ella hace al comprador propietario. La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones. La propiedad pasa del vendedor al comprador por el solo efecto de la venta, sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces *alienatur* al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, tal como lo establecen los artículos 711 y 1138.

Por nuestra parte, creemos que Mourlon confunde a la obligación de transferir propiedad con el contrato mismo.

La totalidad de autores franceses consultados coincide en que el sistema adoptado por el Código Napoleón reviste algunas considerables ventajas si se le compara con aquel aceptado por el Derecho romano y que venía siendo asumido con el correr de los siglos en el antiguo Derecho francés.

Pero, concretamente, estas ventajas constituyen un cambio radical de concepción respecto del contrato de compraventa en sí mismo, así como también en lo que se refiere a la transferencia de la propiedad. Veamos ambos casos.

En lo que respecta al contrato de compraventa en sí mismo, éste antes sólo generaba, por parte del vendedor, la obligación de entregar al comprador el bien vendido y garantizarle su perpetua y pacífica posesión, protegiéndole de todos cuantos quisieran perturbarlo en dicha posición. Vale reiterar que el comprador no se obligaba a transferir propiedad. En el Código Civil, el vendedor sí se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador.

Y, adicionalmente, dicha transferencia de propiedad no opera por el cumplimiento de ningún modo distinto al contrato mismo, vale decir, los diversos modos formularios del Derecho romano, sino única y exclusivamente en virtud de la celebración del propio contrato y el surgimiento de la obligación de transferir propiedad, con respecto al vendedor (ya que en relación con los terceros se plantean algunos problemas que analizaremos posteriormente).

Respecto de la obligación de transferir la propiedad que genera el contrato de compraventa en el Código francés, Aubry y Rau[236] resultan ser los primeros autores en señalar el criterio que acabamos de exponer.

Por su parte, Troplong[237] dice que si se compara el texto del artículo 1582 con muchos otros de los cuales él no debe ser separado, se convendrá en que el Código

236 Aubry, Charles y Charles Frédéric Rau. *Cours de Droit Civil français*. París: Imprimerie et Livrairie General de Jurisprudence Marchall, Billard et Cie. Imprimeurs Éditeurs, 1871, tomo IV, p. 331.

237 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

Napoleón ha sido concebido bajo la influencia de ideas distintas a las del antiguo Derecho francés, y que él ata a la venta la obligación de transferir al comprador la propiedad misma y no solamente el uso pacífico de la cosa.

Considera que el artículo 1583 pareciera conducir a este resultado: «La venta es perfecta entre las partes y la propiedad es adquirida de pleno derecho al comprador, respecto del vendedor, desde que se ha convenido sobre la cosa y el precio; de donde la convención contiene la obligación implícita de hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa que le ha sido entregada, y no se puede seguir diciendo, como Africain, *non etiam ut ejus faciat*. El artículo 1662 confirma inclusive esta conclusión. Ella es corroborada por el artículo 1604, que define la entrega, el transporte de la cosa vendida en disfrute (*puissance*) y posesión del comprador. Esta palabra (*puissance*), de la cual no se encuentra el equivalente en ningún texto tomado de las leyes romanas, ni en las definiciones que Pothier, guía ordinaria de los redactores del Código Napoleón, da de la entrega de la cosa, es de una energía considerable». Troplong piensa que «[...] éste no es solamente un derecho de posesión tan extenso como posible, aquel que el legislador enfoca en la entrega; él ahí ve alguna cosa más: él quiere que el comprador tenga sobre la cosa un derecho de disfrute (*puissance*), es decir todo aquello que él tiene de más eminente en las relaciones del hombre con la cosa o, en otros términos, un derecho de propiedad».

Marcadé sostiene[238] que la antigua naturaleza del contrato de venta, ya criticada otras veces por muchos de los autores franceses, ha sido repudiada por el Código y es hoy en día la transmisión de la propiedad de la cosa vendida que constituye el objeto del contrato de venta: ni los trabajos preparatorios del Código ni su texto mismo permiten dudar de esto. De una parte, en efecto, ha sido dicho y repetido, al momento de la confección del Código, que la transmisión de propiedad es hoy en día el objeto de la venta, que es esta la única finalidad de este contrato. De otro lado, se sabe que el Código entiende generalmente por obligación de entregar, la obligación de transferir la propiedad, como lo prueba el artículo 1138, el cual, después de haber dicho que toda obligación de entregar se perfecciona por el solo consentimiento, agrega —como consecuencia— que ella hace al acreedor propietario de la cosa desde el instante en el cual esta última haya sido entregada. Y éste es el que considera el sentido del artículo 1582, pues el artículo 1583 añade inmediatamente que, a partir de la venta, esta convención de entregar es perfecta por el acuerdo de las partes sobre la cosa y sobre el precio: la propiedad la adquiere el comprador. Marcadé señala que es, por último, por aplicación de este nuevo principio, que la venta de la cosa ajena, válida en Roma y en el antiguo Derecho francés, es declarada nula en el Código (artículo 1599). Agrega que cuando, en efecto, el vendedor no estaba obligado sino a procurar al comprador la libre posesión y disfrute de la cosa, él no tenía necesidad de ser propietario, y el

238 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, pp. 141 y 142.

comprador, con tal que no fuese perturbado en su posesión, no tenía qué reclamar; pero hoy en día que el vendedor debe transferir la propiedad, es necesario que la tenga él mismo (ya que no se puede dar aquello que no se tiene), y hay desde entonces nulidad de la venta de bien ajeno. Expresa, por último, que todos los comentaristas del Código, aun el continuador y anotador de Toullier, el señor Duvergier, reconocen el cambio en torno a los antiguos principios relativos sobre este punto.

El mismo razonamiento es compartido, en términos generales, por Colin y Capitant, quienes sostienen[239] que con el Código no sucede lo mismo que en el antiguo Derecho francés, ya que la compraventa es, por sí misma, traslativa de propiedad. Señalan que el artículo 1583 resulta una aplicación del 1138, cuando expresa que «La venta es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, tan pronto como hay convención firme sobre la cosa y sobre el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada ni el precio satisfecho». Apuntan que este texto viene a rectificar al artículo 1582, el cual, a pesar de la nueva mentalidad de los codificadores de 1804, ha sido concebido y expresado de conformidad con la antigua ideología romana.

Para algunos comentaristas del Código, con argumento que nos parece bastante coherente, este cambio de concepción del contrato de compraventa fue realizado obedeciendo a la que por regla general es la intención de las partes contratantes de un contrato de esta naturaleza, es decir, el que la propiedad del bien sea adquirida por el comprador.

En opinión de Demante y Colmet de Santerre[240], si se consultase la probable intención de las partes al celebrar un contrato de compraventa, se puede decir que, casi siempre, el comprador pretende adquirir una acreencia de propiedad, y que el vendedor sabe que él se obliga a transferir una propiedad. El Código Civil ha tomado ese hecho en consideración, pues declara nula la venta de la cosa ajena, de la que el Derecho romano y el antiguo Derecho francés reconocían la validez. No se comprendería esta nulidad de la venta de la cosa ajena, si no se le apoyase sobre la idea de que el vendedor ha contraído una obligación que él no puede cumplir, la obligación de hacer al comprador propietario del bien.

Este razonamiento también es compartido por Guillouard[241], quien señala que no basta, como en el arrendamiento, que el adquirente tenga la pacífica posesión del objeto enajenado; él ha querido algo adicional, el dominio de este objeto, *plena in re potestas*.

239 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours élémentaire de Droit Civil français*. París: Librairie Dalloz, 1924, tomo IV, p. 6.

240 Demante, Antoine Marie y Edouard Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code Civil*. París: s/e, 1887, tomo VII, pp. 2 y 3.

241 Guillouard, Louis. *Op. cit.*, p. 12.

De similar parecer es Duranton[242], cuando dice que la obligación del vendedor, de entregar la cosa, no es de la naturaleza de aquella de un locador, que se obliga también a entregar la cosa arrendada al locatario para que éste pueda gozar de ella; la obligación es de entregarle la cosa para que él la tenga a título de propietario, a fin de poder disponer del bien como desee.

Demante y Colmet de Santerre, por su parte, agregan que es necesario, entonces, reconocer que ordinariamente, de su naturaleza, la venta implica obligación por parte del vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida, produciendo como consecuencia que el comprador podría perseguir al vendedor, antes, inclusive, de ser perturbado, desde cuando se le haya vendido una cosa de la cual no se le haya hecho propietario.

Sin embargo, Demante y Colmet de Santerre, sin compartir la opinión de otros autores, que apoyan esta interpretación del contrato de venta sobre la intención probable de las partes y sobre el artículo 1599, pero no sobre los artículos 711 y 1138, juzgan que estos artículos, si bien dicen que la convención transfiere la propiedad, no han tratado acerca de la pregunta que ellos mismos han planteado, porque suponen una convención por la cual una persona se obliga a transferir la propiedad, y la pregunta está, justamente, en saber si la venta es una de estas convenciones.

Laurent[243] también fundamenta su conclusión en el sentido de que el Código innova la definición de la compraventa romana, básicamente en el artículo 1599, relativo a la venta de cosa ajena. Así, señala que, si el Código declara nula la venta de la cosa ajena, es necesario que la obligación del vendedor no se limite a hacer tener la cosa al comprador; sino que ella debe consistir en transferirle la propiedad. De este modo, Grenier, el orador del Tribunal, explica el artículo 1599: «Siguiendo el Derecho romano, el vendedor y el adquirente pueden respectivamente vender y comprar la cosa que ellos habían sabido no pertenece al vendedor. Laurent opina que esta legislación ha parecido contraria al verdadero principio de la venta. Su única finalidad debe ser la transmisión de propiedad. Entonces, ha parecido más conforme a la naturaleza de las cosas el anular la obligación como venta».

Otro autor que recoge la misma fundamentación es Duranton[244], al decir que en razón de la disposición del artículo 1599, el cual sostiene que la venta de la cosa ajena es nula, no es dudoso que la obligación del vendedor no sea la de conferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, salvo cláusula en contrario, por ejemplo, por el efecto de las estipulaciones de no garantía (*non garantie*).

242 Duranton, Alexandre. *Cours de Droit Civil suivant le Code français*. Bruselas: s/e, 1841, tomo ix, p. 6.

243 Laurent, François. *Op. cit.*, pp. 6-8.

244 Duranton, Alexandre. *Op. cit.*, p. 7.

No obstante, como lo hemos manifestado, no todos los autores franceses estuvieron de acuerdo con el cambio operado respecto del modo de transferir la propiedad. Théophile Huc[245] recuerda la opinión de Bonnier, quien escribió que despojar a la propiedad de su carácter absoluto es quitarle su esencia misma. Bonnier decía que se es propietario o no se es; que era imposible concebir un verdadero derecho real, un *jus in re*, que sólo existe para un individuo. Bonnier se cuestionaba acerca de lo particular que sería un derecho real que permita a su titular triunfar únicamente respecto de la persona que especialmente se ha obligado con él. ¿Acaso no le bastaba al acreedor la acción personal para obtener la condena de su deudor? Se pregunta si es necesario afirmarme «propietario» para hacer que quien me debe un cuerpo cierto, lo entregue *manu militare*.

Añade Huc que, por consiguiente, se debe reconocer, junto con Bonnier y con muchos otros, este famoso y tan difundido sistema de la transmisión de la propiedad por efecto de las obligaciones, como «este gran principio de la sociedad moderna», como lo calificaba Demolombe, tan grande que según Larombière, «El Código Civil no habría introducido ninguna parte de cambio tan seria, ni tan fecunda en consecuencias, como este principio; decimos nosotros: no es más que una de esas redundancias, una de esas sutilezas pueriles, *idola fori*, que hizo desterrar una legislación seria».

Respecto de la característica de la compraventa consistente en que transmite de manera inmediata la propiedad del bien, ésta resulta siendo, sin lugar a dudas, la consecuencia e innovación más importante y tal vez más temeraria, introducida por el Código francés. Esta innovación ha generado una de las más grandes y extensas polémicas del Derecho Civil contemporáneo, tal como lo señalamos en páginas anteriores.

En este sentido, la norma del artículo 1583 es tan clara, al igual que los comentarios de los miembros de la Comisión que elaboró el proyecto de Código Civil, que prácticamente ninguno de los tratadistas franceses cuestiona el punto central de este principio.

Así, cabe destacar la definición que Colin y Capitant[246] otorgan a la compraventa en el Derecho francés del Código Civil. Ellos, como veremos a continuación, ponen bastante énfasis en el hecho de que en virtud del mismo contrato se transfiere la propiedad del bien. Veamos:

> Jurídicamente se define la compraventa: el contrato por medio del cual una persona, llamada vendedor, transmite a otra, que se llama comprador, y le garantiza la propiedad de una cosa —o de un modo más general de un

245 Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. París: Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Éditeur, 1897, tomo VII, pp. 148 y 149.

246 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo IV, p. 5.

derecho cualquiera—, a cambio de un precio en metálico que el comprador se obliga a entregarle.

En realidad, como anota Baudry-Lacantinerie, el asunto no se discute más hoy en día, y si el artículo 1582 da una definición incompleta de la venta, se está de acuerdo en encontrar el complemento en el artículo siguiente. La idea de venta se liga de tal manera a la idea de transmisión de propiedad, que se confunde de modo corriente el término vender con el término enajenar, y el comprador es comúnmente llamado adquirente por la propia ley francesa, como ocurre en los artículos 1614, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1624, 1625, 1626, 1629, 1630, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1638, 1646, 1648, 1655, 1656, 1662, 1664, 1665, 1667, 1670, 1671, 1672, 1673, 1681 y 1682 del Código Civil francés.

Añade Baudry-Lacantinerie[247] que resulta que el vendedor se obliga siempre, a falta de convención en contrario, a transferir la propiedad. Si la venta tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, la transmisión resulta del contrato mismo; si el objeto no es cierto y determinado, la transmisión no operará sino por el acontecimiento que producirá la determinación (tradición, opción). En uno y otro caso, el vendedor está obligado a hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa vendida.

Mourlon[248] señala que en el Derecho francés la venta no es solamente productiva de obligaciones, a menudo ella es al mismo tiempo traslativa de propiedad. Se le puede, no obstante, definir: la convención por la cual una de las partes transfiere o se obliga a transferir la propiedad de una cosa mediando un precio que la otra se obliga a pagar.

Es el propio Mourlon[249] el que expresa que la venta hace al comprador propietario. La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones. La propiedad pasa del vendedor al comprador por el solo efecto de la venta, sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces *alienatur* al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, como lo establecen los artículos 711 y 1138.

Afirma, además, que el término acordado a una o a la otra parte no impide a la venta ser instantáneamente traslativa de propiedad, pues el simple término suspende, no la adquisición de los derechos que el contrato puede producir, sino solamente su ejecución (artículo 1185). Pero será diferente si las partes han reenviado, por una cláusula expresa, a una época ulterior la transmisión de la propiedad.

Agrega el citado autor que los términos «vender» y «enajenar» no son sinónimos. Hay entre ellos la misma diferencia que entre la especie y el género: la venta, en efecto, no es sino una especie de enajenación, ya que se enajena por

247 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, pp. 11 y ss.

248 Mourlon, Frédéric. *Op. cit.*, p. 209.

249 *Ibidem*, p. 208.

permuta, donación, etcétera. Aún más, la venta no es por sí sola un acto de enajenación sino que obliga a ello.

Según Duranton,[250] esta concepción sobre el carácter en sí traslativo del propio contrato de compraventa en el Derecho francés es una innovación que, en virtud de lo establecido por el artículo 1138, no se aplica sólo a este contrato, sino a toda obligación de dar un cuerpo cierto y determinado, esto es que, hoy en día, y suponiendo al vendedor propietario de la cosa vendida, el comprador deviene él mismo propietario, por el solo hecho del contrato de venta, sin que haya necesidad de alguna tradición, y aunque el precio no sea todavía pagado (artículo 1583).

Sin embargo, Marcadé confunde estas ideas[251] cuando comenta que con los preceptos del Código Civil ocurre algo distinto, y es el contrato de venta el que opera de inmediato al transmitir la propiedad, independientemente de todo hecho posterior. El artículo 1138 —señala— tiene la explicación, pues plantea en principio que toda convención de transferir la propiedad de una cosa se encuentra, por el solo efecto del consentimiento, inmediatamente perfecta (es decir, reputada puesta en ejecución, y considerada seguida de una tradición civil que reemplaza la tradición material), y que desde entonces ella hace al acreedor propietario al instante mismo y antes de que la tradición haya sido hecha. Y la ley, haciendo acá aplicación de este contrato al contrato de venta, repite en el artículo 1583 que desde el momento en que las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio, desde el momento en que la convención está formada, la venta se encuentra perfecta y la propiedad, adquirida por el comprador, aunque la cosa no haya sido entregada. Agrega Marcadé que no es necesario, entonces, para corregir la redacción del artículo 1582, definir la venta, como lo hace Duvergier, diciendo que es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa; más bien es un contrato por el cual uno de los contratantes transfiere la propiedad de una cosa, mediando un precio en dinero que la otra parte se obliga a pagar. Pues, es por el efecto inmediato e instantáneo de la convención que la transmisión de propiedad se perfecciona, de suerte que la obligación de operar esta transmisión no puede existir.

Demante y Colmet de Santerre se refieren al problema manifestando[252] que la segunda proposición del artículo 1583 recuerda la innovación admitida por el Código Civil en el artículo 1138: la promesa de transferir la propiedad de un cuerpo cierto transfiere inmediatamente la propiedad de este objeto.

Foignet[253] señala al respecto que, si bien antes vender y enajenar eran dos términos diferentes, hoy en día, por el contrario, cuando la venta recae sobre un

250 Duranton, Alexandre. *Op. cit.*, tomo IX, p. 7.

251 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, p. 142.

252 Demante, Antoine Marie y Edouard Colmet de Santerre. *Op. cit.*, pp. 6 y 7.

253 Foignet, René. *Manuel élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, tomo II, p. 408.

cuerpo cierto, del cual el vendedor es propietario, la propiedad de la cosa vendida pasa de pleno derecho al comprador, por el solo efecto del consentimiento, de suerte que vender y enajenar son términos sinónimos.

Como se puede apreciar, Foignet, y especialmente Marcadé, confunden, al igual que algunos otros autores franceses, lo que significa la obligación de transferir propiedad con el contrato que la genera. Por nuestra parte, tal como lo hemos dicho en oportunidades anteriores, consideramos que dentro del sistema consensualista francés la propiedad se transfiere al momento del surgimiento de la obligación. Por ello, en nuestra opinión, Marcadé y otros autores se equivocan al concluir en el planteamiento que nos hemos permitido subrayar.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer que muchos tratadistas franceses sostienen que la transmisión inmediata del derecho de propiedad no constituye parte de la esencia del contrato de compraventa en el Derecho francés. En tal sentido, consideramos relevante recoger los más representativos planteamientos sobre el particular.

Baudry-Lacantinerie, primero en su manual[254] y luego en su tratado[255], sostiene que no siempre es de la esencia de la venta que el vendedor transfiera inmediatamente o que se obligue a transferir la propiedad al comprador; la ley supone solamente que tal ha sido la intención de las partes cuando ellas no se han pronunciado sobre esa materia. Señala que el principio de la libertad de las convenciones permitiría ciertamente celebrar una venta en la cual el vendedor se obligase solamente a procurar al comprador la pacífica posesión de la cosa vendida; en otros términos, se podría, bajo el imperio del Código Civil, celebrar una venta que tuviese el carácter de la venta romana. La convención no sería menos que una verdadera venta, produciendo, salvo la restricción relativa a la transmisión de la propiedad, todos los efectos de la venta ordinaria; se le aplicaría especialmente la rescisión por causa de lesión, que es un efecto muy especial al contrato de venta (artículo 1674). Agrega que las partes han podido tener motivos para querer que la transmisión de la propiedad no fuese inmediata, ya que pueden haber querido retardarla hasta el pago del precio por el comprador, o puede ser que el vendedor no haya sido todavía propietario de la cosa vendida, al tiempo de adquirirla. Esto, puede ser así, ya sea porque la obligación de transferir la propiedad es sólo de la naturaleza y no de la esencia de la venta; y, dentro de tal razonamiento, es que el artículo 1582 no ha hecho entrar esta obligación en la definición de este contrato, limitándose a hablar de la obligación de entregar que él genera en todos los casos.

Por su parte, Marcadé sostiene[256] que, si la transmisión instantánea de la propiedad es hoy en día el efecto normal y ordinario de la venta, éste no es un efecto

254 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civile.* París: Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des arréts, 1989, tomo II, p. 334.

255 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo IV, pp. 142 y 143.

256 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, pp. 142 y 143.

necesario y la venta puede, en ciertos casos excepcionales, no producir inmediatamente sino la obligación de hacer al comprador propietario ulteriormente. Señala que es esto lo que pasa, primero, cuando el objeto de la venta, no estando determinado en un individuo, o el precio no siendo todavía conocido, deciden que la venta no está todavía perfecta; segundo, cuando las partes, a pesar de la determinación precisa del objeto y del precio, convienen en suspender el efecto ordinario del contrato, estipulando que el comprador no devendrá en propietario sino después de un cierto plazo.

Demante y Colmet de Santerre[257] apuntan su opinión en el sentido de que puede ser natural a la venta conllevar la obligación de transferir la propiedad, pero esta obligación no es de la esencia de la venta. Señalan como sustento de su posición el hecho de que el artículo 1599 no prohíbe una convención por la cual el comprador renunciaría a prevalerse de la nulidad de la venta que tendría por objeto la cosa ajena; y si esta convención no está prohibida —se preguntan los citados autores—, ¿cómo podría retirársele la calificación de venta, que era otras veces su nombre legal, y que la definición oficial del Código es suficientemente amplia para conservarla hoy en día?

Guillouard, por su parte, también recoge[258] conceptos muy similares a los de Demante y Colmet de Santerre, cuando dice que la venta es por su naturaleza traslativa de propiedad, y el vendedor está obligado de pleno derecho a efectuar esta transmisión; pero éste no es sino un efecto natural del contrato, éste no es jamás un efecto esencial, y las partes pueden derogarlo declarando formalmente que la propiedad no será transferida al comprador sino después de un cierto tiempo, o a la producción de una condición, o bien, aun, cuando el vendedor, que no es propietario al momento del contrato, haya podido tratar con el verdadero propietario del objeto enajenado, o, en fin, cuando el adquirente haya pagado su precio.

Laurent señala[259] que la transmisión de propiedad no es de la esencia de la venta, ya que la ley no lo dice, y esto no resulta de los principios. Recuerda también que los oradores del Tribunal invocan el Derecho Natural, es decir, la voluntad de las partes contratantes, pues las partes tienen el derecho de manifestar una voluntad contraria y nada les impide consentir una venta romana. Indica, adicionalmente, que una razón más fuerte resulta el que las partes pueden, ellas mismas, estipular que la propiedad no será transferida sino cuando el comprador haya pagado el precio; en esos casos, dice, la venta tendrá siempre por objeto el transferir la propiedad, pero la transmisión será condicional, de suerte que el vendedor permanezca propietario en tanto que la condición no se cumpla, es decir, en tanto que el precio no sea pagado.

257 Demante, Antoine Marie y Edouard Colmet de Santerre. *Op. cit.*, pp. 3 y 4.

258 Guillouard, Louis. *Op. cit.*, pp. 13 y 14.

259 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xxiv, p. 39.

Planiol y Ripert recogen plenamente[260] los conceptos vertidos por Laurent.

De otro lado, corresponde señalar que en la doctrina francesa se ha intentado muchas veces dar respuesta a una interrogante, a saber, si la transmisión inmediata de propiedad, en los casos en que resulta posible, rige también respecto a terceras personas ajenas a las partes contratantes de la compraventa.

En realidad, todas las opiniones que sobre el tema se han esgrimido, parten de la constatación de que en el artículo 1583 del Código francés, cuando se hace referencia a que la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado, se estaría remarcando que la transferencia de propiedad opera exclusivamente en virtud del contrato del vendedor con respecto al comprador.

El primero de los comentaristas del Código que reparó en el problema fue, precisamente, Jacques de Malleville, uno de los cuatro miembros de la Comisión que elaboró el proyecto. De Malleville[261], luego de expresar que esta norma representa la abrogación de la máxima *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*, señala que debe notarse bien aquello que el artículo dice: la venta es perfecta entre el comprador y el vendedor, pues es distinto respecto de los terceros que podrían tener sobre la cosa un derecho anterior a la venta.

La inquietud de De Malleville es compartida por muchos otros autores franceses.

Mourlon[262] señala que resultan de la disposición del artículo 1583 tres efectos: primero, que la venta es perfecta desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio; segundo, que esta perfección del contrato basta, ella sola y por ella misma, para hacer al comprador propietario respecto del vendedor; y tercero, adicionalmente se cuestiona si se concluiría, de estas últimas palabras, que el comprador no deviene nunca, por el solo efecto de la venta, propietario respecto de terceros.

Mourlon considera que la respuesta afirmativa parece fundada, pues decir que la venta basta para hacer al comprador propietario respecto de tal persona determinada, es, evidentemente, decir, de modo implícito, que ella no basta para hacerlo propietario respecto de toda otra persona.

Cree, sin embargo, que la conclusión sería inexacta, pues las palabras «respecto del vendedor» no significan lo que parecen decir; ya que ellas tienen un

260 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de Droit Civil français*. París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1927, tomo x, p. 8.

261 De Maleville, Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*. París: Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justicie, 1822, n.° 9, tomo iii, p. 304.

262 Mourlon, Frédéric. *Op. cit.*, pp. 210-212.

sentido histórico que importa conocer. Señala que bajo el imperio de la Ley del 11 brumario, año VII, la convención hecha sin la finalidad de transferir la propiedad de un inmueble, por venta o donación, no transfería, por ella misma, sino una propiedad relativa, es decir, oponible solamente a ciertas personas determinadas.

La propiedad absoluta, es decir, oponible a todo el mundo, no era transmitida sino por un hecho posterior a la convención, por la transcripción del título, constando el contrato sobre un registro existente, a este efecto, en las oficinas del registro de propiedad inmueble. De este modo, el comprador devendría propietario, por la sola fuerza de la convención, en sus relaciones: primero, con su vendedor, en el sentido de que él podría hacerse poner en posesión *manu militari*; segundo, con el Estado, en el sentido de que él podría, desde el día del contrato, invocar la calidad de propietario para retirar las ventajas políticas que ahí estaban atadas; tercero, con los terceros que, sin tratar con el vendedor, se apoderarían de la cosa, en el sentido de que él tendría contra nosotros una acción directa para forzarnos a restituir la cosa usurpada.

Agrega Mourlon que él no aparecía como propietario en sus relaciones con aquellos que, desde el contrato y antes de la transcripción, trataban con el vendedor. En tanto que la transcripción no tuviera lugar, por la publicidad que ella da al contrato, advirtiendo a los terceros de la mutación de la propiedad, el vendedor continuaba, en cuanto a su consideración, siendo propietario; de suerte que las enajenaciones totales o parciales consentidas por él eran válidas y oponibles al vendedor. De este modo, de dos compradores sucesivos del mismo inmueble, será propietario quien primero haya hecho inscribir su título en el Registro.

Según Mourlon, de este modo, desde la promulgación del Código, y hasta el 1 de enero de 1856, la venta ha sido, por ella misma, por su sola energía y su sola fuerza, es decir, independientemente de la tradición de la cosa vendida y de la transcripción del acto que constata el contrato, traslativa de propiedad, tanto respecto de terceros como respecto del vendedor. Apunta además que no era igual en su tiempo (1878), ya que la venta es todavía por ella misma, y desde que ella existe, traslativa de propiedad respecto del vendedor; pero la mutación que ella opera no es oponible a terceros sino desde el día en el cual ella ha sido hecha pública por la vía de la inscripción, según la ley del 23 de marzo de 1855.

En su opinión, en este nuevo sistema el artículo 1583 deviene en verdaderamente exacto, pues la venta es perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, y desde este instante la propiedad es transferida al comprador respecto del vendedor; pero, respecto de terceros, ella no lo ha sido todavía, ya que en tanto que el acto de venta no esté inscripto, el vendedor estará en mora, en sus relaciones con los terceros, a pesar de ser propietario de la misma y de poder disponer de ella válidamente, pues no es sino por la inscripción de la venta que la propiedad completa y absoluta pasa de la persona del vendedor a aquella del comprador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La respuesta para Duranton no reviste los mismos contenidos, mas sí el mismo fin. El citado tratadista[263] opina que el artículo 1583 parece hacer entender que no es solamente en relación con el vendedor que el comprador es propietario por el solo hecho del contrato de venta, y que respecto de terceros es necesario algo más; que para los inmuebles, por ejemplo, la inscripción que exigiese la Ley del 11 brumario, año VII, sobre el régimen hipotecario para que el adquirente fuese, de igual modo, reputado propietario respecto de terceros, también ha sido juzgado necesario por los redactores del Código, para que el comprador pudiese valerse de su título contra estos mismos terceros.

Marcadé[264] y Demante y Colmet de Santerre[265] opinan de manera similar a los dos autores antes citados.

Y para concluir, debemos expresar que Baudry-Lacantinerie[266] refiere que la oponibilidad frente a terceros está subordinada a reglas que varían según la naturaleza de la cosa vendida. De este modo, señala, la venta de inmuebles no resultaba —en ese entonces— oponible a terceros sino a partir de la inscripción en la Oficina de las Hipotecas (ley del 23 de marzo de 1855, artículos 1 y 3); aquélla de los créditos, a partir de la notificación al deudor cedido o de su aceptación por acto auténtico (artículo 1690); aquélla de patentes de invención, a partir del registro en el Secretariado de la Prefectura (ley del 5 de julio de 1844, artículo 20); y, aquélla de los navíos, a partir del cambio en Aduana (argumento de la ley del 27 vendemiario, año II, artículo 17; ley del 6 de mayo de 1841, artículo 20 *in fine*).

Para mayor detalle sobre el alcance de la interpretación dada por la doctrina francesa a los artículos 1582 y 1583 de su Código Civil, en el primer medio siglo de vigencia de este, remitimos al lector a la consulta de Rogron, a la *Jurisprudencia Dalloz* y a los *Códigos anotados Dalloz*, que constituyen valiosísimos documentos. Por ello, proporcionamos los datos respectivos[267].

263 Duranton, Alexandre. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

264 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, p. 143.

265 Demante, Antoine Marie y Edouard Colmet de Santerre. *Op. cit.*, p. 5.

266 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, pp. 11 y ss.

267 Rogron, Joseph Adrien. *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*. E. Plon et Cie. Imprimeurs-Editeurs, Rue Garancière, 10, París, 1877:
Artículo 1582: tomo II, pp. 2024-2030.
Artículo 1583: tomo II, pp. 2031-2036.
- Dalloz, Armand. *Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de Droit Public*. Bureau de la Jurisprudence Générale Rue es Beaux Arts. 5, París, 1844. Citando volumen, página y número:
Artículo 1582: 2, 231, 17; 2, 386, 1305; 3, 564, 144; 4, 25, 889; 4, 638, 14s.; 4, 643, 212.
Artículo 1583: 1, 388, 117; 1, 564, 384; 1, 565, 399; 2, 265, 102; 2, 386, 1305; 2, 390, 1415.
- Dalloz, Armand. *Codes annotés*. París, 1905 a 1907:
Artículo 1582: tomo III, pp. 1-10; tomo adicional, p. 282.
Artículo 1583: tomo III, pp. 10-12; tomo adicional, pp. 272 y 273.

En nuestra opinión, y a diferencia de lo sostenido por la doctrina francesa, la transferencia de la propiedad inmueble no se produce con el solo contrato, lo que equivale a decir con el mero consentimiento de las partes, sino que representa la ejecución —ordenada por la ley— de la obligación de transferir la propiedad surgida de dicho contrato.

No creemos que el legislador francés haya «olvidado» atribuir directamente al contrato el efecto traslativo, y se haya expresado en términos obligacionales. La estructura del Código Napoleón, y de muchos de los que lo siguieron, se basa, fundamentalmente, en la teoría clásica que se encargó de aclarar y precisar posteriormente la doctrina francesa, en el sentido de que el contrato es fuente de obligaciones, y que éstas tienen por objeto prestaciones que consisten en un dar, un hacer o un no hacer. Para bien o para mal —a nuestro entender, para bien— el Código Civil peruano de 1984 ha recogido este esquema acerca del objeto del contrato, el mismo que, por lo demás, es compartido y esgrimido por la más calificada doctrina de nuestra tradición jurídica de todos los tiempos. Entre los que comparten esta teoría está, por sólo citar al más ilustre y renombrado de ellos, G. Baudry-Lacantinerie.

A criterio nuestro, los Mazeaud, al expresar que el contrato, además de sus efectos obligacionales, tiene efectos reales, incurren en error y lo que hacen es una interpretación, en todo caso, literal del artículo francés relativo a la transferencia de la propiedad; al igual que se equivoca —y lo decimos con todo respeto— el maestro José León Barandiarán, porque no es el consentimiento el que transfiere la propiedad del bien, sino la ejecución legal de la obligación de transferir la propiedad, emanada del contrato a que da lugar dicho consentimiento, razón por la cual —nos ratificamos en ello— el contrato no transfiere de por sí la propiedad. Sin embargo, nuestro punto de vista difiere de la interpretación que brinda sobre el propio tema, la propia doctrina francesa. Estimamos, no obstante, que —en este caso, como en muchos otros— «todos los caminos conducen a Roma». Sea que la propiedad fuere transferida por el propio contrato (como estima la doctrina francesa), sea que la propiedad es transferida por la ley, al ejecutar —ella misma— la obligación, nacida del contrato (como sostenemos nosotros), lo claro es que, en uno y otro caso, la propiedad se transfiere casi de inmediato, casi de manera consensual.

Por otra parte, es verdad que la ejecución de la obligación de transferir la propiedad inmueble se produce con independencia de toda actividad del deudor, pero nosotros sostenemos que tal situación no es siempre así, ya que existen determinados casos en los cuales dicha obligación no se ejecuta por sí misma y en el mismo acto de su generación. Es el caso de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes inciertos, de las obligaciones alternativas con prestaciones de dar bienes ciertos o inciertos, de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes futuros o ajenos o de aquellos contratos en los que la ejecución de la mencionada obligación está sujeta a condición o plazo suspensivos.

2.1.3. La transferencia de propiedad en el Derecho peruano

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya lo adelantamos, adoptó el sistema consensual francés.

Tal como lo hemos podido apreciar dentro del esquema planteado en el Código Civil francés de 1804, en el cual la propiedad era la gran protagonista, el contrato era concebido como un instrumento cuya finalidad se circunscribía, básicamente, a transmitir la propiedad. La voluntad, al ser productora de un acto jurídico, posibilitaba la circulación de la propiedad.

Siguiendo esa lógica, en Francia, más allá de las controversias y polémicas que en su momento se generaron, se estableció que la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto del pacto.

Así, como expresara con singular agudeza Manuel Augusto Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de fecha 11 de agosto de 1925 (recogido en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión —que el propio Olaechea integraba—), conforme al sistema francés de transferencia de propiedad, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí sólo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil. Y Marcadé agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición transfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí una tradición ficta que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio.

El Código Napoleón —comenta el propio Olaechea— presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor, convertido en propietario por el consentimiento.

Cabe resaltar que en el caso de los bienes muebles, a pesar de que la norma del Código Civil francés también establecía que la propiedad de éstos se transfería con la sola obligación de enajenar, este principio cayó rápidamente en desuso, en función de la existencia de ese otro principio que reza que la posesión equivale al título, razón por la cual, siguiendo la tradición romana, se continuó con la costumbre de que, a diferencia de lo que ocurría con los bienes inmuebles en los que la tradición no transmite dominio sino simplemente pone al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, la entrega del bien mueble resultaba imprescindible para la transmisión de la propiedad.

El sistema francés ejerció, y de hecho aún ejerce, enorme influencia en nuestro sistema de transferencia de propiedad, que se manifiesta desde el Código Civil peruano de 1852, para luego ser asumido por el Código Civil de 1936 y por el Código de 1984.

2.1.3.1. Código Civil de 1852

El primer Código Civil que tuvo considerable vigencia en nuestro país (además de aquel de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, de efímera duración), el de 1852, en su Libro Tercero, De las Obligaciones y Contratos, Sección Segunda, De los Contratos Consensuales, Título Primero, legislaba el contrato de compraventa, definiéndolo en su artículo 1305 y estableciendo luego el carácter consensual de la transferencia de propiedad de los bienes, siguiendo la metodología del Código Napoleón.

El artículo 1308 del Código de 1852 preceptuaba lo siguiente:

> Artículo 1308.- En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio.

Esta norma, como se puede apreciar de su texto, tuvo una gran influencia del artículo 1583 del Código Napoleón, del cual recoge todos sus elementos esenciales.

Esto significa que, al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar la transferencia de propiedad de la cosa «aun antes de su entrega y pago del precio», debemos entender que dicha transferencia (al igual que en el Derecho francés) se realizaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, surgida de su celebración.

Precisamos que, al referirse el artículo 1308, en general, a «la cosa», y no hacer distinción alguna entre muebles e inmuebles, debemos aplicar el principio de que no es posible diferenciar donde la ley no lo hace, y afirmar, por tanto, que la transferencia de propiedad de los bienes muebles e inmuebles operaba automáticamente al momento de la celebración del contrato de compraventa, apenas surgida la obligación de transmitir propiedad.

Podemos concluir, entonces, que el Código Civil peruano de 1852 seguía el modelo francés.

Además, conviene aclarar que a la fecha de entrada en vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigor la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código francés, que establecía el requisito de inscripción para la oponibilidad de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por la cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoleón.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.3.2. Código Civil de 1936

Alfredo Solf y Muro y Manuel Augusto Olaechea fueron quienes, en el seno de la Comisión que elaboró este Código Civil, esgrimieron las razones que sostenían diversos sistemas de transferencia de propiedad.

Alfredo Solf planteaba el «sistema constitutivo registral», que establecería la obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de la transferencia de los inmuebles.

Manuel Augusto Olaechea, en cambio, pese a reconocer la imperfección del sistema espiritualista, defendía la conservación del sistema de transferencia por el simple consenso planteado en el artículo 1306 del Código de 1852, argumentando que era menester mantener la tradición jurídica nacional; además, destacaba la agilidad que esta tesis brindaba a las transacciones; y su fundamento central radicaba en la precariedad del sistema registral peruano.

Refiriéndose a la tradición de los bienes inmuebles, en la 120.ª sesión de la Comisión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó su ya famoso Memorándum[268] en el que señalaba su parecer favorable respecto del sistema francés (con la reforma introducida por la ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que los sistemas argentino y español de la tradición, como modo necesario para transferir la propiedad inmueble, no eran sistemas adecuados, ya que la tradición podía revestir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

Tras intensas discusiones, la Comisión encargada de la elaboración del Código Civil de 1936 decide mantener el sistema espiritualista. Así, en dicho cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, por el cual se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes

268 De las palabras de Manuel Augusto Olaechea en su citado Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil, de fecha 11 de agosto de 1925, recogidas en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión, advertimos que el mencionado jurista señalaba el problema planteado al seguir el esquema francés de transferencia de propiedad, al crear una propiedad relativa (la derivada del contrato mismo), frente a una propiedad absoluta como es la derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad.
Olaechea advertía las deficiencias técnicas que plantea el sistema francés frente al alemán, creador de una propiedad absoluta, ya que en virtud del carácter constitutivo para la transferencia de propiedad que reviste la inscripción en el Registro, resultaban evidentes las ventajas de este sistema sobre el primero de los nombrados.
Sin embargo, es interesante observar que el propio Olaechea, a pesar de los argumentos técnicos esgrimidos en favor del sistema alemán, propuso que en el Perú se continuase con el sistema francés debido a las deficiencias de infraestructura registral que presentaba nuestra patria.
Tras más de ochenta y siete años del referido Memorándum de Olaechea, la realidad registral del Perú ha evolucionado, pero no lo suficiente como para que la inscripción registral sea constitutiva de derechos.

citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía que «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

Respecto de los bienes muebles, el ponente del Libro V del Código de 1936, Manuel Augusto Olaechea, durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, fue el partidario más ferviente de instaurar el sistema de la tradición, que más tarde fue asumido por el Código.

2.1.3.3. Código Civil de 1984

El Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Subcapítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículos 947 a 949.

En la primera de las normas citadas, el artículo 947, el Código trata acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles, estableciendo que ésta opera por la tradición de ellos:

> Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

El artículo relativo a la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles es el 949, precepto que dispone lo siguiente:

> Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Como se puede apreciar de la clara redacción de las dos normas transcriptas, el Código peruano opta por el mismo sistema que el Derecho francés, desechando aquellas opciones que consideran como indispensable para la transferencia de los bienes inmuebles el requisito de la inscripción.

Aquí queremos, sin embargo, formular ciertas precisiones.

En la transferencia de propiedad en el Código Civil francés, de acuerdo con la doctrina de ese país, si bien la norma general del artículo 1138, ratificada después por el artículo 1583 (relativo al contrato de compraventa), establece que la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se transmite por la sola obligación de enajenar, respecto de los bienes muebles dicha norma resultó, en buena medida, sólo declarativa, como anota Freitas cuando comenta el problema, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 2279 del Código francés «En materia de muebles, la posesión equivale al título.— No obstante, el que haya perdido una cosa o aquél al que le haya sido robada puede reivindicarla durante tres años, a contar desde el día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyo poder se encuentra; salvo el recurso de éste para repetir contra aquél que la tiene» (traducción libre).

Desde esta óptica puede sostenerse que el Derecho Civil peruano nunca se apartó del principio francés.

Si bien respecto de la transferencia de la propiedad inmueble, el Código francés estableció el principio de que ella se realizaba por la sola obligación de enajenar o el solo consenso (tal como fue asumido por el Código peruano de 1852), a través de la ley de marzo de 1855 que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a los terceros justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble.

Vale decir que desde esa fecha (1888), el Perú actualizó su sistema respecto del francés, asumiéndolo nuevamente como suyo. De acuerdo con este sistema, la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, pero para oponerla a terceras personas es necesaria su inscripción en el Registro.

Por tanto, podemos concluir en que nuestro Derecho Civil nunca varió su posición respecto de la transferencia de la propiedad, en relación con la línea trazada por el Derecho Civil francés.

Hemos hecho este recuento teniendo en consideración que la respuesta al tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no la podemos hallar dentro de principios ajenos a los que históricamente han regido nuestro Derecho Civil.

2.1.3.4. A manera de síntesis

Así las cosas, podemos afirmar que el debate que centra su atención en el sistema de transferencia de propiedad no es algo nuevo en nuestro país; por el contrario, su nacimiento se remonta a mediados del siglo XIX o, para ser más exactos, a la entrada en vigencia del Código Civil peruano de 1852.

La regulación de dicho cuerpo normativo es la predecesora de las críticas que hoy recibe el sistema de transferencia de propiedad, al haber importado el sistema francés o espiritual que se encuentra plasmado en el Código Napoleón, situación que, a pesar de las múltiples discusiones suscitadas desde entonces, no ha variado ni en el Código de 1936 ni en el vigente.

El Código Civil peruano de 1984, lo reiteramos, norma la transferencia de bienes muebles en el artículo 947, estableciendo como requisito la tradición del bien.

En lo que concierne a los bienes inmuebles, reiteramos que nuestro legislador tampoco se apartó del sistema napoleónico, señalando, en su artículo 949, que «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Esta norma, como expresara el ilustre Olaechea en el Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, antes citado, crea en nuestro país un

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

sistema de propiedad relativa, que, sin embargo, puede convertirse en absoluta si los contratantes aplican adecuadamente las normas registrales.

2.1.4. ¿Registro constitutivo?

Nos centraremos ahora en determinar si la propiedad inmueble debe seguirse transfiriendo en virtud de la sola obligación de enajenar o si para que opere tal transferencia debería ser necesaria la inscripción registral, esto es, si el registro debe seguir siendo declarativo o si debería ser constitutivo.

Esta interrogante ha conducido a que, desde el segundo quinquenio de los años noventa del siglo pasado se hable mucho acerca de la necesidad de implantar —en sustitución de la actual clasificación de los bienes muebles e inmuebles— otro criterio clasificatorio que los divida en registrados y no registrados, ello con el propósito de modificar el sistema de transferencia de propiedad hoy imperante.

A continuación, expresaremos nuestra perspectiva sobre el tema, para lo cual partiremos de una premisa que consideramos esencial, esto es, que el Derecho como ciencia no debe perder el valor de la justicia, así como tampoco olvidar que la cautela y la ponderación son instrumentos que deben guiar permanentemente nuestro camino y contribuir a que logremos ese valor.

2.1.4.1. La búsqueda de seguridad: importancia de la publicidad registral

Es muy cierto que la seguridad exige una serie de gastos y que, por lo tanto, no es gratuita. No obstante, es más cierto aún que la inseguridad resulta más costosa.

El intercambio de bienes, y con ello la posibilidad de que en efecto circule la riqueza, exige actualmente no sólo celeridad, sino también —y fundamentalmente— seguridad.

> Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces, es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Como contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el «precio de la incertidumbre» es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia, hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. Éste es el principio que está detrás de la primera formulación del teorema de Coase[269].

La aplicación de las normas registrales y, en consecuencia, de los principios que las sustentan, se presenta así como relevante en este asunto tan intrincado

269 Bullard González, Alfredo. «La propiedad inconclusa». *Op. cit.*, p. 102.

de la transferencia de propiedad. La razón es muy simple: gracias a la publicidad registral se trata de convertir la propiedad en absoluta, pretendiendo obtener seguridad jurídica.

La seguridad constituye, junto a la justicia, uno de los fines sobre los cuales se encuentra sustentada la existencia y la necesidad del Derecho.

Así, como anota Gonzales Loli[270], la seguridad jurídica es un valor esencial del Derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el bien común al que aspira todo sistema o, mejor dicho, toda sociedad.

El valor de la seguridad jurídica no es sólo abstracto o teórico, sino que su existencia e importancia pueden justificarse desde un punto de vista económico, al constituir un elemento que reduce los costos propios de la transferencia o intercambio de bienes.

Dentro de este esquema, la publicidad registral se justifica por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia, existencia y alcance; así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación[271].

En la Exposición de Motivos del Código Civil se reconoce la relevancia de este principio al cual, incluso, se llega a calificar como el más trascendental avance en materia de Derecho Registral. Dicha afirmación se encuentra amparada en la constatación de que en todo sistema registral donde aparece, constituye la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial.

2.1.4.2.Sistema registral declarativo vs. sistema registral constitutivo[272]

Tras lo expuesto, queda por determinar si, en efecto, es necesario, como señala un sector de la doctrina peruana, modificar nuestro actual sistema registral que se caracteriza por ser declarativo, de modo que sea constitutivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

270 Gonzales Loli, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: un enfoque desde el análisis económico del Derecho». En *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima, año VII, n.° 6, Lima, 1997, p. 113.

271 *Idem*.

272 En esta parte conviene revisar las diferencias entre el sistema declarativo y el sistema constitutivo, para lo cual tomaremos las palabras de Villegas Poma: «En el sistema declarativo o potestativo, la inscripción no tiene carácter obligatorio, tiene eficacia jurídica por actos realizados extrarregistralmente *(sic)*; la inscripción no sanea el título, ya que permite que el lesionado pueda pedir su cancelación o rectificación. Se inscribe para publicitar lo inscrito y obtener plena seguridad jurídica.

No podemos negar que, en definitiva, el registro constitutivo tiene la virtud de evitar efectos perniciosos, por lo que confiere mayor certeza tanto para el titular del derecho como para los terceros. Sin perjuicio de aceptar esta ineludible verdad, consideramos que la propuesta de que el registro sea constitutivo no puede ni debe ser asumida en el corto plazo.

2.1.4.3.¿Una propuesta novedosa?

Los registros de propiedad formal y los títulos formales representan, en palabras de Hernando de Soto[273], nuestro concepto compartido de lo que es económicamente significativo sobre cualquier posesión. Ellos capturan y organizan toda la información relevante requerida para formarse un concepto del valor potencial de la propiedad y, de esta manera, poder controlarla.

Por lo tanto, el citado autor señala con acierto que la propiedad formal es más que un sistema de titulación, registro y mapeo de las propiedades; es también un instrumento del pensamiento representando las propiedades de una manera tal que permite a la mente humana trabajar en ellas para generar mayor valor. Es por esto que la propiedad formal debe ser universalmente asequible, a fin de llevar a todos hacia un contrato social donde puedan contribuir a incrementar la productividad de la sociedad[274].

La finalidad —afirma— es crear un sistema de propiedad formal que convierta a una masa de propietarios anónima y dispersa en un sistema interconectado de interlocutores comerciales individualmente identificables y responsables, capaces de crear capital[275].

Ahora bien, como es de conocimiento público, desde hace algunos años existe una propuesta de modificación legislativa al respecto.

Debemos advertir, sin embargo, que dicha propuesta, aunque pueda resultar atractiva por sugerir una ruptura con lo tradicional, no es para nada novedosa.

La inscripción declarativa no garantiza a plenitud los derechos de las partes contratantes, sólo garantiza al tercero, en tanto que contrata a título oneroso, de buena fe respecto de un derecho inscrito y que a su vez inscriba a su favor dicho derecho.
En el sistema obligatorio, la eficacia jurídica también se genera por actos realizados extrarregistralmente, pero se establecen sanciones para quienes no cumplan con inscribirlos, pues existe mandato expreso de la ley. Aquí el pacto de no inscribir sería nulo por ser contrario a derecho, aunque no sería nulo el contrato. La inscripción obligatoria, si bien no sanea el título, consolida la seguridad jurídica y permite absoluta publicidad de los actos acogidos por el Registro» (Villegas Poma, Edwin Julio. «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año 2, n.° 4. Lima: Palestra, 2001, pp. 85 y 86).

273 De Soto, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza». *Op. cit.*, p. 18.

274 *Ibidem*, p. 19.

275 *Ibidem*, p. 21.

En principio constituye, tal cual hemos podido apreciar, una idea importada de los sistemas jurídicos germanos en los cuales el Registro es constitutivo de propiedad y no declarativo, como sí lo es en los sistemas que, como el nuestro, siguen el modelo francés.

A esto hay que agregar que, como señaláramos, en nuestro medio la discusión se remonta a inicios del siglo XX, como lo demuestran las palabras de los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En la sesión de esa Comisión del miércoles 19 de agosto de 1925, Solf y Muro presentó un Memorándum por el que resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuáles eran sus planteamientos[276], diciendo lo siguiente:

> Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.
>
> Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.
>
> La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema Torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24,876 urbanos, 21,398 rústicos y 3,041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.
>
> La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el Derecho romano, a la manera que lo hace el Código chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, éste es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea.

276 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Actas de las* sesiones. Lima: Imprenta Castrillón, 1928, fascículo quinto, pp. 19 y 20.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa misma sesión, Pedro M. Oliveira respaldó el planteamiento de Solf y Muro, en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que era posible hacerlo[277]. Sustentando esta necesidad, Oliveira señalaba[278] que:

> Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una Sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf precisa[279] que el principio de la inscripción en el Registro como indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias, que lo conducían a proponer a la Comisión[280] rechazar las fórmulas alemana y suiza, a pesar de considerar superior a la primera sobre la segunda, y optar por la brasileña, «[...] que omite toda declaración ante el Registro y sólo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicará a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos».

Propuso, además, que se expresara que la inscripción se verificaría en vista del título en que consta la causa jurídica del acto y, en su caso, la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

Manuel Augusto Olaechea[281], —también en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852—, se había referido a esta forma híbrida de transmitir

277 *Ibidem*, p. 34.

278 *Ibidem*, pp. 36 y 37.

279 *Ibidem*, p. 38.

280 *Ibidem*, p. 41.

281 A continuación, transcribimos, por constituir una notable pieza jurídica, el texto íntegro del Memorándum de Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad. Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, fascículo quinto, pp. 3-8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.
«Señores:
Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento,

sino mediante la inscripción; y si respecto de las cosas muebles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.
Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a éste, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de su formación.
El sistema francés es el mismo que instituye el Código Civil vigente, como se ve en el artículo 1306 que dice:
Artículo 1306.- «Desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado».
En Derecho romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.
El Código francés presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita; y como consecuencia de este sistema exageradamente espiritualista, la convención pone desde luego los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento de las partes.
El sistema adoptado por el Código Napoleón no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos.
El Código italiano (se refiere Olaechea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.
El Código argentino –artículo 577– establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real.
El Código español –artículo 609– dice: La propiedad se adquiere como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; y el artículo 1095 añade: el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada.
El Código alemán, siguiendo el sistema prusiano distingue los actos creadores de obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real que necesita en lo referente a la traslación de la propiedad inmobiliaria, la intervención de un oficial de justicia y la inscripción del acto en el registro. Esta investidura –artículo 925– es necesaria según el Código que examino, para operar la transferencia de la propiedad entre las mismas partes.
El Código suizo admite, en principio, tratándose de las ventas mobiliarias, el desplazamiento automático de la propiedad –artículo 185–; pero tratándose de los inmuebles, hacen notar Rossel y Mentha, que según el artículo 220, dada la frecuencia de la estipulación para aplazar la toma de posesión, el principio es contrario (los artículos citados en este párrafo corresponden al Código Federal de las Obligaciones, que, aunque con numeración separada, forman el Libro Quinto del Código Civil de Suiza).
El Código del Brasil establece, continuando sobre el particular las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.
Como hemos manifestado antes, en Derecho romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, *ius ad rem* y no *ius in re*.
La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 26 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.
El sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.
Los derechos y obligaciones son relaciones entre individuo e individuo que no afectan a terceros, al paso que los derechos reales existen *erga omnes*, y aquel a quien pertenecen puede ejercerlos contra cualquiera.
El sistema de la tradición implantado por el Código argentino y por el español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este

la propiedad de los bienes y de clasificarlos —implícitamente— en registrados y no registrados. Aunque Olaechea no negaba que un sistema como el planteado, promocionado en aquellos tiempos por Pedro M. Oliveira, fuera técnicamente superior por brindar en mayor grado seguridad jurídica, tampoco negaba que en ese momento era impracticable en el país.

hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

Es preferible indudablemente el sistema de la inscripción. La transmisión de los derechos reales no se efectúa, o no tiene efecto respecto de terceros, sino cuando el acto jurídico ha sido debidamente inscrito en el Registro.

La radical diferencia que separa al Derecho francés del Derecho alemán —dice Valverde— se explica dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el Derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de Derecho Público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama *inscripción*.

Para el Derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de Derecho Privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.

Después de estos antecedentes, emito mi parecer en los siguientes términos, que someto a mis ilustrados colegas de Comisión.

- Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición.
  Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del Código Civil vigente.
- Respecto de los inmuebles, mantengo el sistema francés contemporáneo, que es el vigente en el Perú, desde 1888, en que se dictó la ley sobre Registro de la Propiedad Inmueble.

Reconozco —claro está— los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a la manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable. Carecemos aún del Registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpitante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma.

Magdalena del Mar, 11 de agosto de 1925

M.A. Olaechea».

Así, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil, Olaechea decía[282]:

> Para definir el régimen de estas obligaciones (se refiere a las de dar), precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediando la inscripción; y si tratándose de cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.
>
> [...]
>
> Cabe resaltar que el sistema instaurado por el Código francés no ha sido uniformemente seguido por las codificaciones posteriores. La institución creada por aquel Código fue modificada en Francia por la ley de 23 de marzo de 1855, conforme a la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté previamente inscrito.
>
> El sistema que considera adquirido el derecho real como efecto de la inscripción, mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.
>
> El sistema de la tradición reviste una marcada inferioridad respecto del sistema francés. La tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz.
>
> La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que construye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.
>
> No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El Registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo a la

282 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo quinto, pp. 16 y ss.

> primera valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José Calle presentó por escrito sus pareceres sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro, y concordaba con las de Olaechea. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que, para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de los inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por la Ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo la inclusión de ésta al Código en discusión[283]. En realidad, esta ley, que creó el mencionado Registro, sólo lo convirtió en declarativo, mas no en constitutivo de propiedad, razón por la cual ésta se transmitía por la sola obligación de enajenar, criterio que Calle consideraba el más acertado para la realidad de nuestro país.

No ha sido nuestro objetivo dar un detalle completo de toda la discusión que se suscitó en la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, pero sí hemos querido traer a la memoria sus grandes lineamientos.

Al elaborarse el Código Civil de 1936, la propuesta de Olaechea fue, como sabemos, aquélla acogida por la Comisión.

Varias décadas más tarde, en los años ochenta, Carlos Cárdenas Quirós recordó en un artículo[284] que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936 optó en un primer momento por pronunciarse a favor de una clasificación de los bienes en registrados y no registrados. Sin embargo, decía, la Comisión Revisora enmendó dicho proyecto conservando la distinción tradicional de bienes en muebles e inmuebles.

En la década siguiente, precisamente en el año de 1994, quienes elaboramos estas páginas, en la primera edición del *Tratado de las Obligaciones*, propusimos la modificación correspondiente del Código Civil en esta materia y en este mismo sentido, aunándonos a ese viejo planteamiento de cambiar el sistema de transferencia de propiedad en el Perú, pero proponíamos mantener la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles y crear una adicional que

283 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, p. 57.

284 Citado por Castillo Freyre, Mario. «Doce razones para pensarlo bien». En Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy*. Lima: Asociación Civil Derecho & Sociedad, 2005, p. 67.

los dividiera en registrables y no registrables, pero nunca opinamos por crear la clasificación de registrados y no registrados y, menos aún, por suprimir la de muebles e inmuebles.

Algunos años después, otros profesores levantaron sus voces a favor de efectuar esos cambios en nuestra legislación. Ellos promovieron en el segundo gobierno de Alberto Fujimori la modificación del Código Civil, habiéndose incluso aprobado en el Congreso de la República un proyecto de ley que instituía el doble régimen clasificatorio de los bienes y el sistema de transferencia de propiedad en virtud de la inscripción registral, aplicable para los bienes registrados.

En ese entonces, este proyecto de ley fue observado por el Poder Ejecutivo y no se produjo la insistencia del Congreso, por lo que el tema volvió a quedar como elemento de permanente discusión y actualidad.

Nosotros hoy dejamos constancia de que en los últimos años hemos cambiado nuestra posición sobre esta materia. El discurrir del tiempo nos ha hecho reflexionar y llegar a la conclusión de que no conviene modificar la clasificación de los bienes, ni variar las formas de transferencia de propiedad y la naturaleza declarativa del Registro. No, por lo menos, en el corto plazo. En el mediano plazo seguramente que sí.

2.1.4.3.1. El Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984

Entre los tantos intentos dirigidos a modificar el régimen de transferencia de propiedad en nuestro país, destaca el plasmado en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil de 1984[285].

En el citado Anteproyecto se propone realizar cambios significativos al sugerir que la transferencia de propiedad de los bienes tenga como criterio la clasificación de éstos en registrados y no registrados. En el caso de los primeros, el Registro sería constitutivo, de modo tal que para transferir la propiedad de un bien registrado será requisito indispensable la inscripción de esa transferencia en el Registro correspondiente[286].

285 Invitamos al lector a revisar los libros *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de reforma del Código Civil de 1984* y *Por qué no se debe reformar el Código Civil*, en el cual uno de los autores de esta obra, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, además de realizar una reseña histórica sobre la gestación del Anteproyecto, analiza detalladamente cada uno de los artículos que lo conforman.

286 Sobre este tema se ha pronunciado, en diversas oportunidades, el profesor Jorge Avendaño Valdez, Presidente de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Reforma y principal promotor de esta propuesta modificatoria, señalando que: «A continuación dice el anteproyecto que los bienes también pueden ser registrados o no registrados, según estén incorporados o no a algún registro de carácter jurídico. La clasificación comprende como es comprensible todos los bienes, ya sean corporales o incorporales. Además se trata de todo tipo de registros, no sólo los que conforman los Registros Públicos, sino también los de la propiedad industrial e intelectual, el de minería, el vehicular, el de aviones y el de acciones de las sociedades anónimas, entre otros.

Analicemos detalladamente la propuesta.

Empecemos por señalar que a partir del proyectado artículo 883 se inicia una propuesta de transformación dramática del Libro de Derechos Reales. En este artículo se opta por regular la forma en que se transfieren los derechos reales, con lo que se derogarían los artículos 947, 948 y 949, que actualmente constituyen la esencia de la transferencia de propiedad.

Para entender esta situación debemos, primero, señalar que el referido Anteproyecto acogía varias clases de bienes, esto es, corporales e incorporales, muebles e inmuebles, y registrados y no registrados, los cuales se proponía regular en los artículos 885, 886 y 886-A, respectivamente:

> Artículo 885.- Bienes corporales e incorporales
>
> 1. Los bienes son corporales o incorporales. Los bienes corporales son muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles.
>
> 2. Los derechos sobre los bienes incorporales se rigen por su propia legislación y supletoriamente por este Código.

Los bienes no registrados pueden ser registrables si son susceptibles de ser incorporados a un registro existente. Sería éste el caso de un terreno o una casa que no están inscritos pero que podrían estarlo. Son bienes identificables.
¿Qué consecuencias derivan de esta nueva clasificación? Son numerosas, pero por ahora sólo cabe señalar las siguientes:

a) La constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre un bien registrado, requerirá necesariamente de inscripción en el registro respectivo. Esta adquiere así el carácter de *constitutiva*. Lo que no es lo mismo que afirmar que ella legitima o perfecciona el derecho inscrito. Hasta este punto no se ha llegado. Puede ocurrir por lo tanto que en el registro haya inscripciones nulas o erróneas, cuya invalidez puede ser declarada judicialmente, conforme lo autoriza actualmente el artículo 2013 del Código Civil.
   Por otra parte, la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre un bien no registrado, se produce con la tradición. Esta regla está hoy vigente en el artículo 947 del Código, pero es aplicable a los bienes muebles y sólo en el caso de adquisición de la propiedad.
b) El actual artículo 948 regula la adquisición de un *non domino*, del denominado "depositario infiel". Quien recibe como propietario y con buena fe, la posesión de un bien mueble, adquiere el dominio aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para trasmitirla.
   El anteproyecto mantiene la norma pero la hace extensiva a la adquisición de todos los derechos reales (no sólo la propiedad) y la hace aplicable a todos los bienes no registrados.
c) La Subcomisión de Reales no ha elaborado aún el anteproyecto de los derechos reales de garantía. Pero en conversaciones preliminares, parece haber consenso en que la prenda civil se circunscribirá a los bienes no registrados. La hipoteca recaerá sobre los bienes registrados y cuya identificación e individualidad es indiscutible (los predios, los buques, los aviones, las marcas, las acciones de las sociedades, etcétera). La persecutoriedad de la hipoteca será desde luego irrestricta. Habrá también prendas con registro que gravan bienes de discutible identificación cuya persecutoriedad se limita al primer adquirente (caso de las cosechas y de los productos industriales, por ejemplo).

Se llegará por esta vía de la clasificación de los bienes a una solución similar a la de la ley española, que distingue entre prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria». (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Clasificación de los bienes en función del registro». En *Revista Jurídica del Perú*, año XL, n.° 10, enero-marzo, 1997, CD-ROM).

Sobre este tema consideramos oportuno señalar que, a decir verdad, la distinción entre bienes corporales e incorporales nunca se discutió, en el sentido de que nadie negó la existencia de ambos tipos de bienes.

Si observamos los actuales artículos 885 y 886 del Código Civil, fácilmente nos percatamos de que los bienes incorporales tienen una regulación dentro de la denominación de bienes inmuebles (concesiones mineras) y muebles (los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares).

En el Anteproyecto se prefería, injustificadamente, eliminar esos conceptos y asumir que sólo los bienes corporales pueden clasificarse en muebles e inmuebles. Así, con el Anteproyecto se pretendía modificar todo el esquema de la clasificación de los bienes y cómo ellos se transfieren.

¿Qué problema existe en la vida económica del país con la distinción entre bienes muebles e inmuebles? En el día a día, lo cierto es que distinguir los bienes en muebles e inmuebles no acarrea problema alguno.

La razón por la cual en la lista de bienes muebles e inmuebles hay bienes que, en efecto, no responden al criterio de movilidad, es para determinar su transferencia, debido a su importancia o magnitud.

Tomemos como ejemplo a las concesiones mineras, que actualmente figuran en el inciso 8 del artículo 885 del Código Civil. Una concesión minera no es la mina, no es el suelo, ni el subsuelo, sino un derecho, el derecho a explotar el subsuelo dentro de un área determinada, con una profundidad infinita. Es así que su no inclusión dentro de los bienes muebles o inmuebles podría producir problemas serios, por lo que el Código Civil debe tomar, tal como lo hace, partido para evitarlo.

Consideramos que sería insuficiente remitir la regulación de las concesiones mineras a la ley de la materia; en tal sentido, estimamos positivo que el Código vigente les otorgue la calidad de inmuebles.

Por otro lado, entre los temas que han generado debates se encuentra la transferencia de propiedad de las marcas. Una futura reforma del Código Civil debería ser la oportunidad para zanjar esa duda frente a la cual actualmente hay argumentos jurídicos para defender más de una posición, al no pronunciarse la ley al respecto.

Pero esas no son las únicas preguntas que se dejan en el limbo. ¿Qué ocurriría con los bienes incorporales no registrados?; ¿cómo se realizaría la tradición de esos bienes?

Si se creara un sistema de transferencia nuevo y completamente distinto al vigente, ese sistema debería ser capaz de contestar de manera definitiva a cualquier cuestionamiento.

En nuestra opinión, el error del que adolecía en este tema el Anteproyecto era sostener que la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles no es compatible con la de bienes incorporales. En el sistema actual sí se admite esa compatibilidad,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que evita que todos los bienes incorporales «floten en el aire» y no puedan ser considerados como muebles o como inmuebles.

Además, la clasificación de bienes en muebles e inmuebles es propia del Derecho nacional desde que éste existe, de donde se sigue que la propuesta no planteaba un cambio cualquiera sino uno medular: algunos bienes serían corporales muebles o corporales inmuebles y otros serían incorporales y nada más, pues allí habría que remitirse a la legislación especial.

Los bienes incorporales deberían compatibilizarse de manera perfecta con los muebles e inmuebles. En nuestra opinión, las normas especiales deberían regular lo especial de la materia, partiendo, justamente, de las pautas generales del Código Civil; no debería optarse por la remisión en un tema tan relevante como éste.

Otro de los problemas del proyectado artículo 885, es que en su inciso 1 se señala que los bienes corporales pueden ser fungibles o no fungibles, sin pronunciarse respecto a los bienes incorporales. Con esa omisión se está negando características y cualidades a los bienes incorporales.

En la relación que establece el mencionado inciso 1, también se señala que los bienes corporales pueden ser consumibles o no consumibles; no obstante, se olvida decir, por ejemplo, que pueden ser ciertos o inciertos.

El Anteproyecto también reconoce la distinción entre bienes muebles e inmuebles, aunque le resta importancia y es intrascendente en la transferencia de propiedad:

> Artículo 886.- Bienes muebles e inmuebles
>
> Los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro. Los inmuebles son los predios, incluidos sus partes integrantes y accesorios.

Sobre la base de lo que hemos expuesto al analizar los artículos anteriores, debemos señalar que el proyectado artículo 886, además de constituir una versión «económica» de los actuales artículos 885 y 886 del Código Civil, constituye también una versión incompleta y, por ende, imperfecta de éstos.

Los vigentes artículos 885 y 886 son normas extensas, no por casualidad, sino porque es bueno y útil que lo sean, ya que orientan al intérprete.

Con estas modificaciones no sólo se arrebataría esa orientación, sino que se obligaría a realizar modificaciones a las legislaciones especiales, de modo que se adapten al nuevo sistema que, reiteramos, conllevaría muchos más perjuicios que beneficios.

En el proyectado artículo 886-A se trataba acerca de los bienes registrados y no registrados:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 886-A.- Bienes registrados y no registrados

Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.

Aquí resulta necesario comentar que esta clasificación de los bienes actualmente también existe en el Derecho, no sólo peruano, sino universal, pero el sistema, obviamente, no gira en torno a ella.

Cabe observar que el Anteproyecto tomaba como criterio que el bien se encuentre o no registrado y, por lo mismo, no incluye la posibilidad de que el bien sea registrable. Con ello se crea, en nuestra opinión, un sistema intermedio que, como tal, únicamente ofrece soluciones a medias y, por ende, muchos problemas.

Por lo demás, de acuerdo con el sistema que pretendía implantar el Anteproyecto, toda transferencia de bienes registrados se haría con la inscripción en el registro y se encontraría normada por el artículo 883:

Artículo 883.- Inscripción. Tradición

1. La constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados a que se refiere el artículo 886-A, se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.

2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución o transferencia de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente.

3. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 1583.

Aquí consideramos objetable que se haya optado por la clasificación de bienes en registrados y no registrados, porque la inseguridad jurídica permanecería como una constante: si nunca se registra un bien a pesar de ser registrable, la transferencia siempre se haría vía tradición.

Con un modelo como el que se planteaba en el Anteproyecto, se crearían regímenes distintos que no se adecuan a la realidad registral del Perú.

Dicha realidad ha mejorado sustancialmente desde mediados de los años ochenta. Hasta 1985 los Registros Públicos funcionaban en el sótano del Palacio de Justicia; era la más detestable de las dependencias públicas. Todo era enormes volúmenes y para obtener una fotocopia había que manipularlos, por lo que a muchos de ellos les faltaban no pocas hojas. A principios de 1986 recién empieza a funcionar el nuevo edificio de los Registros Públicos, construido durante el segundo mandato del Presidente Fernando Belaunde.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Gracias a la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y a óptimas administraciones, Registros Públicos cambió y evolucionó a pasos agigantados.

Hoy Registros Públicos es considerado como una de las mejores entidades públicas y de las que generan mayor confianza entre los usuarios.

Siguiendo ese proceso, que podemos catalogar como natural, resulta evidente que en algunos años Registros Públicos va a tener una muy buena infraestructura, no sólo material sino también de contenido, toda vez que previsiblemente contará con un catastro óptimo y completo.

Cuando el desenvolvimiento «natural» de los acontecimientos llegue a ese momento en que la funcionalidad de los Registros Públicos y del catastro alcancen su plenitud, allí sí, estamos seguros, una norma similar —mas no igual— a la del artículo 883 del Anteproyecto, debería promoverse y, en definitiva, entrar en vigencia.

Como expuso uno de los autores de este tratado[287], la realidad actual no nos permite instituir, en el corto plazo, un registro constitutivo que, en teoría, es ideal y superior al registro declarativo.

Con el artículo 883 que propuso el Anteproyecto, ni siquiera se estaba planteando un registro constitutivo; lo que se proponía era una situación más o menos intermedia que tampoco se adaptaba a nuestra realidad, pues esta realidad no es intermedia. Así, o es conveniente o no es conveniente; lo conveniente a medias no es útil sino perjudicial.

Lo cierto, sin embargo, es que no podemos esquivar la realidad mirando hacia otra dirección. Los problemas en torno a la transferencia de bienes y la conveniencia o inconveniencia de modificar el esquema actual no son problemas en abstracto que puedan resolverse en el ámbito puramente teórico. Los hechos, la realidad, se imponen.

Nuestra oposición a un cambio radical, como el que se formula en el Anteproyecto, se sustenta en razones válidas que se derivan de confrontar la aséptica teoría con la realidad del Perú:

- El primer problema estriba en que la idiosincrasia de nuestro pueblo, tan proclive a la informalidad en todos los planos, como la vida misma, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial, no va a cambiar por el solo hecho de que una ley así lo establezca.
- Estimamos que cualquier empeño modificatorio del sistema de transferencia de propiedad tornaría imprescindible realizar un minucioso análisis jurídico y social destinado a determinar si la distinción de los bienes en registrados y

287 Castillo Freyre, Mario. «Doce razones para pensarlo bien». *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

no registrados no conllevaría la configuración de actos discriminatorios para gran parte de nuestro pueblo, que por distintos factores se encuentra muy lejos de la visión de modernidad que hoy se maneja en todo texto o debate académico, e incluso en el lenguaje cotidiano, a fin de verificar que no se vea perjudicado, ya que se trata del sector mayoritario de la población que vive en las zonas urbano-marginales o que habita en las áreas rurales del Perú.

A partir de esa apreciación podremos decidir si pese a que en principio el proyecto de modificación tiene carácter universal, el impacto adverso que provocaría su vigencia nos alertaría sobre una discriminación indirecta.

- Otra dificultad importante que se desprende de nuestra realidad se encuentra dada por todos los vicios y problemas que existen hoy en día respecto de la falsificación de títulos. Últimamente una de las actividades favoritas de los delincuentes es la venta de propiedades ajenas o la usurpación de aquéllas. Las posibilidades de enfrentar esta situación para los legítimos propietarios cuyos derechos aún no han sido inscritos se verían mermadas con un sistema de Registro constitutivo.
- La deficiencia de la infraestructura del Estado constituye también un factor negativo que ejerce influencia en el tema que nos convoca. Como se sabe, existen zonas en las que, dado su alejamiento, el acceso tanto a Registros como al notario se complica tremendamente, siendo, además, costoso en tiempo y dinero. A esto se suma que muchas zonas del interior de nuestro país fueron en décadas pasadas centro de ataques terroristas que han dejado, entre otros tantos saldos, la destrucción de municipalidades y registros y, con ello, la destrucción de importante información respecto de los predios y las tierras. Asimismo, debemos resaltar que la falta de conexión o información cruzada entre los Registros genera, también, serias dificultades.
- Uno de los principales argumentos que se esgrimen en aras de la reforma del sistema de transferencia de propiedad es el económico; si tanto se subraya que ello redundaría en beneficio de toda la sociedad, entonces resultaría imprescindible realizar un examen riguroso —es decir, con números a la vista— que nos permita evaluar si el sistema actual que se pretende derogar es peor, en términos económicos, que el sistema que se piensa implementar. Es necesario, en consecuencia, determinar con la mayor certeza posible si la modificación del sistema de transferencia implicaría o no un aumento en los costos de transacción.
- A las razones expuestas debemos agregar una más, la que resulta esencial desde el punto de vista registral: nuestro país carece de un catastro inmobiliario completo, lo que acrecienta la imprecisión e inexactitud del Registro[288],

288 Lo cierto es que la carencia de un medio técnico tan relevante como es el catastro conlleva a que nuestro sistema pierda una serie de ventajas. Entre las ventajas que se pueden destacar tenemos las siguientes:

en tanto en numerosas ocasiones la realidad física es incompatible con la realidad documentaria, específicamente la notarial y, por ende, con la realidad registral[289].

Así, tal y como quedó acordado en las conclusiones del V Congreso Nacional de Derecho Registral que tuvo lugar en la ciudad de Trujillo los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2004, la ausencia de un catastro de bienes raíces que reúna toda la información física relativa a cada predio que es inscrito, constituye una imperfección propia de nuestro sistema y, por ello, una razón fundamental por la cual no es posible instaurar un sistema constitutivo de propiedad.

A decir del profesor argentino Alfredo Colmo[290], en todos los sistemas que se sustenten en un registro constitutivo es imprescindible que se practique previamente una operación de capital importancia: el catastro de todos los inmuebles.

Tal operación supone varias cosas: el estudio geodésico, sobre el terreno, de cada propiedad, para determinar su ubicación geográfica con respecto a puntos invariables (tal cerro, tal río, tal meridiano, etcétera), sus dimensiones, etcétera; y el análisis jurídico de los títulos respectivos, en toda la suma de sus antecedentes, transmisiones, etcétera, para determinar la propiedad, y las afectaciones consiguientes, de los inmuebles. De tal suerte se tiene una delimitación precisa y plenamente objetiva de la situación física y de la condición jurídica de cada una de las propiedades contenidas en el territorio. Así, cuando alguien pretende vender o gravar un inmueble dado, no hace más que ir a los correspondientes registros, que contienen toda la historia de las mutaciones y modificaciones de ese inmueble, a partir de la primera inscripción, para conocer su estado jurídico. De ahí que el título respectivo no sea la escritura o el testamento, sino la inscripción.

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes, disminuyendo, por consiguiente, los fraudes vinculados con esta situación.
- Evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podrían conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya de buena fe sobre un terreno ajeno, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles.
- Debido a la actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
- Promovería las operaciones inmobiliarias, que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

(Villegas Poma, Edwin Julio. *Op. cit.*, pp. 95 y 96).

289 Soria Alarcón, Manuel F. «Hacia un registro de inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil». En *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, n.° 7, año 3, febrero 2002, p. 95.

290 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 232-234.

Por lo mismo, sean cuales fueren las circunstancias ocultas, no hay más propietario que el que figure como tal en los registros. Es así natural que la inscripción valide el consiguiente derecho y dé pie para rechazar cualquier pretensión contraria, sin perjuicio de las acciones que el verdadero dueño o titular pueda tener contra quien lo ha perjudicado, y aun contra el mismo Estado, en caso de que el registrador, por error o negligencia, haya inscrito mal un título.

Lo cierto es que resulta preciso, tal como lo destaca Carlos Cárdenas Quirós, llevar adelante la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad[291]. No obstante, mientras esta tarea no sea cumplida, la aspiración de un Registro constitutivo de propiedad sólo será eso, una aspiración[292].

Como hemos podido comprobar, los sistemas que se sustentan en un registro constitutivo requieren un adecuado y completo catastro para poder funcionar.

- A todo lo anterior podemos incluso agregar las consecuencias prácticas o concretas que podrían generarse si la modificación legislativa que se plantea se produjese en un contexto como el que acabamos de esbozar, el cual, nos guste o no, es la realidad que hoy enfrentamos.

  De esta forma, si entrara en vigencia el Anteproyecto, y se aprobara un sistema en los términos planteados, es decir, si la propiedad de los bienes registrados sólo se transfiriera por medio de la inscripción registral, ¿qué ocurriría con alguien que deseara vender y cuyo bien estuviera incorporado al registro, pero no tuviera al día una serie de transferencias previas?; ¿qué pasaría si esa persona no tuviera los recursos, ni el tiempo, ni el dinero, para regularizar la situación registral del inmueble?; ¿acaso no vendería nunca, porque el Derecho lo estaría condenando —en los hechos— a no hacerlo?; ¿esa persona se quedaría sin recibir el precio que tanto necesita?

  Gracias a la defectuosa figura intermedia que se proponía en la citada norma, quien quiere registra y quien no quiere no lo hace. Si no registra la

291 Cárdenas Quirós, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad. (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». En *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, n.° 3, año 1, noviembre 2000, p. 54.

292 El catastro debe, pues, convertirse en el soporte fundamental de los registros. Sin ese apoyo recíproco no podremos aspirar a tener un sistema constitutivo de propiedad.
«Los catastros complementan los registros proporcionándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos. Los registros complementan los catastros informándoles de los derechos reales que puedan llegar a invocarse sobre las cosas inmuebles cuya existencia surge de las mensuras inscriptas». (Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, p. 55).

transferencia, aunque se trate de bienes inmuebles, que como tales son registrables, la transferencia se realizaría con la tradición, con lo que la seguridad jurídica se vería degradada.

Un gran porcentaje de inmuebles en el Perú no se encuentran registrados y es imposible hacer que todos sus propietarios inscriban, dados los motivos que ya hemos expuesto.

Si en teoría no se ampliara la base de bienes inscritos, únicamente se transferirían —vía inscripción— los bienes que hoy están registrados e incluso muchas personas preferirían no inscribirlos para facilitar las siguientes transferencias, creando un mercado paralelo en el que los bienes valdrían menos por no estar inscritos, pero que a diferencia de los que sí lo están, no serían bienes jurídicamente estáticos.

En ese sentido, si el vendedor necesitara el dinero es obvio que de todas maneras vendería, «con cargo de regularizar la situación registral en el futuro», recibiendo, obviamente, una cantidad de dinero reducida (castigada), en perjuicio de quien más necesita de ese dinero, habida cuenta de que en los hechos no transferiría propiedad sino sólo posesión.

Si ese propietario que desea vender se apegara a la ley y al Derecho, y al no tener en regla la situación registral de su inmueble se abstuviese de vender, nos encontraríamos ante una situación en la cual el bien se hallaría inmovilizado en el terreno jurídico y en el terreno económico, no pudiéndose transferir en propiedad por haber incurrido el propietario en el *pecado original* de no tener dinero, conocimientos o asesoría adecuada para regularizar la situación registral del inmueble.

Así las cosas, el nuevo sistema que se propuso de transferencia de propiedad a través de la inscripción en el Registro, tendría como consecuencia el estancamiento de la riqueza, cuando lo que se pretende es su movimiento, su circulación.

En nuestra sociedad es costoso hablar de registro, por lo que pretender imponerlo puede evitar que los bienes circulen y la riqueza fluya, en especial si esa imposición fuese indirecta, a partir de una norma que no garantizaría la seguridad jurídica, sino que crearía una situación paralela e informal.

Ese mercado paralelo e informal constituiría una de las consecuencias más dañinas que podría generar la modificación que se formulaba en el Anteproyecto.

De aceptarse la modificación inmediata, lo más probable es que igual se transfieran los bienes registrados sin acudir al Registro, con lo cual habría una situación en la que se pervertiría el concepto de propiedad, al punto de que se podría distinguir entre propiedad absoluta, propiedad relativa y propiedad precaria. Los bienes que circulen en ese mercado paralelo de propiedad precaria estarían enormemente devaluados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El cuadro que acabamos de delinear es, aunque cueste creerlo, el más esperanzador, pues en el peor de los escenarios nos encontraríamos con la agravación extrema de la informalidad, habida cuenta de que muchas personas no respetarían las nuevas formalidades legales e igualmente venderían sin posibilidad alguna de que dicha venta se inscriba en los registros.

Lo anterior equivaldría a decir que la condición del comprador que no inscribe —que hoy en día sí es propietario a pesar de no contar con derecho inscrito— se degradaría al extremo, constituyéndose en un comprador no propietario, sin oportunidad alguna de inscribir su derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos observar que, pese a que los códigos y los reglamentos registrales digan lo contrario, ese comprador (que nunca se habría convertido en propietario) luego vendería a un tercero y éste, a su vez, lo haría con respecto a un cuarto y éste con respecto a un quinto, agravándose al infinito la situación jurídica del bien y de esas personas.

Esa dantesca situación jurídica del bien que acabamos de reseñar, podría conducir a su devaluación extrema; podemos imaginar fácilmente a qué precio vil podría vender el bien ese «quinto» a un hipotético y eventual «sexto», si es que lo llegara a encontrar.

Pero las consecuencias prácticas no terminan allí.

Son muchas las interrogantes que genera el sistema de transferencia propuesto en el Anteproyecto. Así, siguiendo la lógica de este sistema, cuando alguien celebrara un contrato de compraventa respecto a un bien registrado, si no se realizara la inscripción registral correspondiente, ¿qué es lo que se habría transmitido?

Como sabemos, la mayoría de personas que celebran contratos de compraventa sobre un inmueble no realizan la modificación registral de manera inmediata, usualmente ésta tarda días, semanas o, en algunas ocasiones, incluso meses.

Actualmente, la sola existencia del contrato de compraventa, en virtud del artículo 949 del Código Civil, es lo que otorga seguridad jurídica al comprador.

Con la modificación propuesta el contrato no sería útil y, en consecuencia, mientras la inscripción no se realice, el comprador correría el riesgo de que ocurrieran hechos que imposibilitaran la transferencia o que el vendedor que hubiere recibido un adelanto del precio actuara de mala fe.

Pero ese no es el único problema. ¿Qué ocurriría cuando se celebrara un contrato de transferencia de un inmueble inscrito y, por alguna razón, hubiere un defecto formal en la escritura pública que determinara que el registrador la observe? Imaginemos que a pesar de que se intentan salvar las observaciones, ello no se logra, por lo que se tendría que otorgar una escritura aclaratoria. En todo este proceso, bastante extenso, por cierto, ¿en qué situación quedaría quien

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

adquirió el bien y no puede disponer de él, pues mientras la inscripción no se realice no se convertirá en propietario?

Mientras no se salven los defectos formales y no se tenga un título absolutamente regular, la inseguridad jurídica prevalecerá junto con graves alteraciones económicas. ¿Cómo aprobar algo así en un país donde incluso el tema de la asesoría legal se encuentra devaluado y son relativamente pocas las personas que recurren a ella para celebrar contratos de transferencia, debido a los altos costos?

Los problemas delineados se acentúan si consideramos que la norma contenida en el artículo 883 del Anteproyecto no admitía pacto en contrario, sino sólo disposición legal diferente, lo que significa, en otras palabras, que dicha norma sería de orden público, afectando la autonomía privada de las partes.

Todas esas razones, que justifican que actualmente no se deba instituir el registro constitutivo[293], son perfectamente válidas para oponernos al sistema híbrido que se quería introducir con el artículo 883 del Anteproyecto.

2.1.4.3.2. A modo de conclusión

Un sistema de transferencia de propiedad, como bien señala Gastón Fernández Cruz[294], debe responder a un criterio de política social y no de tentación académica: el Derecho, para cumplir sus fines, debe regular una realidad determinada; de aquí que la solución legal que se adopte debe responder a las necesidades de todos los individuos de la comunidad sobre la que pretende aplicarse.

En este orden de ideas, se puede afirmar que no existe un sistema perfecto de transferencia de propiedad.

Sólo en un mundo utópico, un sistema de transferencia de propiedad cumple, sin inconveniente alguno, tres finalidades[295]: maximiza la circulación de la riqueza; reduce los costos de transacción; y reduce, o mejor aún, elimina todo riesgo de adquisición de un *non domino* o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

Ahora bien, para contestar la interrogante propuesta, empecemos por preguntarnos si con un sistema fundado en el principio consensualista para la transferencia de propiedad de inmuebles, se diluyen por completo los incentivos para acudir a registros públicos.

293 Invitamos al lector a revisar Castillo Freyre, Mario. «Doce razones para pensarlo bien». *Op. cit.*, pp. 65-89.

294 Fernández Cruz, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 30. Lima, 1994, p. 151.

295 *Idem*.

Por nuestra parte creemos que no, pues hoy en día, no obstante que las inscripciones registrales tienen naturaleza declarativa, existen sólidos argumentos que, de un modo u otro, incentivan a las personas a acudir a Registros Públicos. Si quisiéramos ser esquemáticos podríamos señalar tres razones esenciales:

a. En primer término, las personas inscriben la transferencia de sus bienes inmuebles porque al registrar la propiedad del bien hacen oponible su derecho frente a todos, es decir, que los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia, porque simplemente tuvieron la posibilidad de conocer gracias a la publicidad que brinda el registro[296].

b. En segundo lugar, hoy en día la gente inscribe sus actos puesto que el Registro otorga confianza a los terceros[297] que realizan transacciones con el titular del derecho inscrito. Esta confianza genera a su vez rapidez en la transacción haciéndola, además, menos costosa. Es decir, facilita la circulación de la riqueza[298].

c. En tercer lugar, y desde el punto de vista del titular del bien, le es útil registrarlo, pues ello le permite tener un medio de prueba, adicional y muy importante, respecto de su derecho.

Estos incentivos han llevado a que, cada vez más, aumente el número de personas que inscriben sus actos de transferencia de manera voluntaria, y prueba de ello es el enorme crecimiento de la actividad registral de los últimos años.

Adicionalmente, debemos señalar que desde el año 2020, la SUNARP ha implementado el Servicio de Publicidad Registral en Línea (SPRL), lo que hace mucho más fácil y accesible la información, pues ya no es mandatorio presentarse físicamente en la oficina registral correspondiente, sino que la totalidad del trámite se puede realizar de manera online[299].

296 La publicidad persigue, en este caso concreto, la protección de la seguridad jurídica en su manifestación estática.

297 En este caso, como se observa, se está protegiendo la denominada seguridad dinámica.

298 Como anota Álvaro Delgado Scheelje, la eficacia o efecto material de la publicidad registral radica en que ésta produzca cognoscibilidad general y oponibilidad *erga omnes* hacia terceros. Como resultado, los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer y saber. Por el contrario, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca tuvieron la posibilidad de conocerlo.
Lo que interesa, tanto para la tutela de derechos como para la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial, son los efectos exteriorizados de aquellos actos, así como la vigencia y duración en el tiempo de dichos efectos. El titular y los terceros resultarán beneficiados o perjudicados dependiendo de si la situación o derecho se encuentra publicado o no (Delgado Scheelje, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En *Cátedra*. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, n.° 3, año 3. Lima: Palestra Editores, 1998, pp. 43 y 44).

299 Texto correspondiente a la tercera edición.

TESTIMONIO MARIO CASTILLO FREYRE

La inscripción registral, pese a no ser obligatoria y no obstante no ser constitutiva de derechos, ha dejado de ser, para un amplio sector de personas, un acto exótico o eventual, constituyendo, en cambio, una práctica constante de protección de derechos.

Por lo demás, nos parece evidente que el artículo 949 del Código de 1984 no puede ser interpretado de manera aislada, y que jamás podría separarse de las normas relativas a la concurrencia de acreedores ni de los preceptos del Libro de Registros Públicos del propio Código. Es claro que el artículo 949 es capaz de crear una propiedad relativa. Olaechea estaba en lo cierto.

Pero no por ello el artículo 949 deviene en un precepto abominable. Simple y llanamente expresa un principio abstracto, contra el cual las partes pueden pactar con toda libertad.

Así las cosas, podríamos afirmar que, si bien puede entenderse que el artículo 949 crea una propiedad relativa, también puede inferirse que dicha propiedad adquiriría mayor solidez en la medida en que las partes contratantes apliquen adecuadamente el resto de normas que complementan tal principio dentro del propio Código y fuera de él para lograr un derecho de propiedad más sólido y estable.

El registro declarativo que hemos heredado del Derecho francés es un sistema que, mal que bien, ha funcionado en nuestro país y ha permitido, dentro de las imperfecciones de nuestra realidad, construir un Registro de Propiedad desde 1888 sin entrampar las transferencias de propiedad, es decir, sin obstruir la circulación de la riqueza. El sistema declarativo ha venido cumpliendo sus años de servicio de manera bastante decorosa, porque las condiciones registrales en el Perú han dejado, por mucho, de tener la precariedad que aducía Olaechea en 1925.

Coincidimos en que se cree un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, pero discrepamos en que ello pueda ejecutarse en la actualidad, es decir, de inmediato. A pesar de las bondades del Registro obligatorio para los actos futuros sobre los bienes ya registrados —antigua propuesta planteada en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 19 de agosto de 1925, por Solf y Muro y a la cual se adhirió Pedro M. Oliveira—, creemos que tales modificaciones sólo podrían llevarse adelante si se diesen las condiciones y facilidades económicas a los Registros Públicos en el Perú, siendo imprescindible, asimismo, que exista un sistema catastral completo, eficiente y dotado de la más avanzada tecnología.

Sin un catastro que funcione, la implementación de un sistema constitutivo sería inútil y perjudicial. Seamos prudentes y responsables. Primero preparemos las condiciones y luego modifiquemos las normas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pongamos énfasis en la necesidad de implantar un catastro obligatorio a nivel nacional, a fin de registrar todos los inmuebles del país. Logrando ello, recién allí podrá iniciarse paulatinamente la exigencia de un registro constitutivo[300].

2.2. Concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles

Retomando el tema concreto que nos atañe, a saber, la concurrencia de acreedores, son varias las materias que debemos examinar para comprender cabalmente su utilidad y la manera en que opera.

2.2.1. Distinción entre la concurrencia de acreedores y la transferencia de propiedad

Tras haber analizado lo referente al sistema de transferencia de propiedad, podemos ahora desarrollar el tema de concurrencia de acreedores que, recordamos, se encuentra regulado por los artículos 1135 y 1136 del Código Civil.

Ante una lectura superficial, los artículos citados podrían entenderse referidos sólo al orden de preferencia para la transmisión de propiedad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, y esto hay que subrayarlo, el ámbito de aplicación de las normas sobre concurrencia de acreedores es mucho más amplio.

Dichas reglas abarcan todos aquellos supuestos en que, por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral o la ley), una persona se encuentre obligada a entregar el mismo bien, en calidad de deudor, a diversos acreedores, todos los cuales exigen el cumplimiento de la prestación a la que tienen derecho. Esos acreedores no necesariamente pueden tener títulos o derechos similares sobre el bien.

La concurrencia de acreedores, entonces, no se restringe a la obligación de dar en propiedad un bien cierto. Los acreedores, en efecto, podrían actuar con títulos de distinta naturaleza, pero lo relevante es que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el mismo bien, sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso o goce), sea la propiedad misma o la afectación de esa propiedad[301].

Es así que uno de los acreedores puede haber celebrado un contrato de arrendamiento con el deudor, otro un contrato de permuta y un tercero un contrato de

300 Debemos precisar que el último Anteproyecto de Reforma del Código Civil, del año 2019, no abordó propuesta alguna de modificación en lo referente a la transferencia de propiedad. Ver: CASTILLO FREYRE, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Cuarta parte). Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020, volumen 75. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

301 Respecto del tema de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, es importante lo señalado por Gastón Fernández Cruz (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En *Derecho PUCP*, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 41. Lima, 1987, pp. 215-219.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

compraventa. De acuerdo con el orden de prelación establecido por los artículos 1135 y 1136, podría darse el caso de que el bien deba ser entregado al acreedor que celebró el contrato de arrendamiento y no a los otros acreedores a quienes el deudor se obligó a transferir la propiedad del bien. Y es que, lo reiteramos, la finalidad de los preceptos es únicamente la de establecer un orden de preferencia para la entrega de los bienes.

Pero hay un caso en que el ámbito de aplicación de las normas sobre transferencia de propiedad y concurrencia de acreedores puede verse enriquecido. Se trata del supuesto en el cual la concurrencia de acreedores recae sólo sobre personas cuyos títulos impliquen la obligación del deudor de transferirles la propiedad del bien.

Si nos remitimos a la finalidad genérica de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, diríamos que simple y llanamente ellos determinan a quién va a entregarse el bien, pero dicha entrega, por la naturaleza de los contratos celebrados entre el deudor y los diversos acreedores, determinará que uno de ellos, aquel a quien se le entregue el bien, ejerza sobre éste todos los derechos de propietario.

Aquí vemos cómo los artículos de concurrencia de acreedores, si bien no tienen por finalidad regir la transferencia de dominio, en el supuesto mencionado están en relación directa con este tema; vale decir, luego de haber planteado el problema, observamos que las reglas relativas a la transferencia de propiedad (los artículos 947 y 949) no están aisladas, sino que deben concordarse con los numerales 1135 y 1136.

Así, la Sala Civil de la Corte Suprema[302] ha sostenido lo siguiente:

> Los justiciables deben tener presente que de acuerdo al artículo 70 de la Constitución: El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley [...]; en ese sentido, la ley ha regulado en bien de la seguridad jurídica el derecho registral, contemplando diversos principios como los de publicidad, legitimación, buena fe pública registral, prioridad y oponibilidad, contenidos en los artículos 2012, 2013, 2017, 2016 y 2022 del Código Civil; ninguno de los cuales desconocen el derecho constitucional de propiedad sino que regulan la prevalencia del derecho del tercero por encontrarse inscrito, salvo determinadas excepciones.

Por otra parte, y anteriormente, nuestros tribunales sostenían la misma línea argumentativa, como lo demuestra lo resuelto en el Expediente n.° 789-92-Lima, de fecha 7 de diciembre de 1993.

302 Casación n.° 638-2006-Lima. Sala Civil de la Corte Suprema, 25 de septiembre de 2006.

La premisa con la que inició su argumentación el tribunal consistía en que, tratándose del derecho de propiedad, no era jurídicamente admisible la coexistencia de dos personas titulares de ese derecho real, por cuanto éste es excluyente.

En ese proceso la Sala tenía que pronunciarse en torno a quién le asistía el derecho de propiedad sobre el inmueble materia de juicio. De acuerdo a los vocales, la solución de la controversia implicaba recurrir a la norma contenida en el artículo 1135 del Código Civil, pues sólo a través de ella podría determinarse a cuál de las partes, que aducían ser propietarias, correspondería entregarle el bien.

Los conceptos delineados también se aplican cuando la concurrencia de acreedores comprende la constitución de derechos reales distintos al de propiedad, como sería el caso del uso, habitación, usufructo, superficie, servidumbre o posesión, o derechos reales de garantía, como la hipoteca o la anticresis o, incluso, cuando estemos en presencia de cualquier otro título diverso, que implique haberse obligado a entregar un mismo bien a más de un acreedor.

Cabe aquí referirnos a los artículos 592, 593, 596 y 598 del Código Civil argentino[303].

El artículo 592 de dicho Código dispone que: «Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor».

Por otra parte, el artículo 593 del Código argentino establece que «Si la cosa fuere mueble, y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior».

El artículo 596, por su parte, prescribe que «Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior».

Por último, el artículo 598 dispone que «Si la cosa fuere mueble y concurrieren acreedores a quienes el deudor se obligase a la entrega de ella por transferencia de dominio o constitución de prenda, sin haber hecho tradición de la cosa, es preferido el acreedor a quien pertenece el dominio de ella».

Aunque el Código peruano no es tan explícito como el Código argentino, ratificamos que sus normas sobre concurrencia de acreedores son de aplicación a

303 Este tratado, por la fecha en que fue escrito, se refiere, obviamente, al Código de Vélez Sarsfield. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

EDICIÓN GACETA JURÍDICA

todos los casos en que un deudor se obligue a entregar un bien a más de un acreedor, sea por el título que fuere y para constituir o no derechos reales.

Por otra parte, del análisis efectuado se desprende que siempre habrá, como consecuencia de la aplicación de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, un solo acreedor que será preferido para la entrega del bien. Sin embargo, consideramos necesario distinguir según se trate del título o causa eficiente del acreedor preferido.

Si el acreedor preferido recibe el bien a título de propietario, dicho acreedor no tendrá problema alguno, pero los demás acreedores verán frustradas sus expectativas referentes a la adquisición de sus respectivos derechos relativos al bien objeto de la prestación de dar. Consideramos lógico, en consecuencia, que el deudor de dicho bien responda al no haber ejecutado, culposa o dolosamente, las obligaciones que contrajo respecto de esos acreedores, con una indemnización de daños y perjuicios.

Si el acreedor preferido en la concurrencia tuviese un título que únicamente implicase el derecho de posesión, uso o disfrute temporal del bien, y otro de los acreedores (de los no preferidos) tuviese un título que le diese derecho a la propiedad del bien al finalizar el plazo de posesión, uso o disfrute del bien —tal como fue establecido en la obligación— por el acreedor preferido, éste deberá entregar el bien al acreedor no preferido, quien desde ese momento lo poseerá como le corresponde, es decir, en calidad de propietario.

Aquí resulta necesario efectuar una precisión. Es evidente que el propietario-acreedor tuvo que soportar la preferencia de otro acreedor para la entrega inmediata del bien; y por ello tendrá derecho, al igual que cualquier otro acreedor de los no preferidos en los órdenes de prelación del Código Civil (artículos 1135 y 1136), a demandar al deudor en situación de incumplimiento el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por su culpa o dolo.

Sin embargo, podría presentarse el caso en que el acreedor-propietario postergado, se vea beneficiado con el pago de una renta por parte del acreedor preferido para la entrega inmediata, caso en el cual dicho acreedor-propietario deberá descontar los montos recibidos por concepto de renta del monto total de la indemnización que pudiese corresponderle por los daños y perjuicios sufridos. Situación diversa es la que afrontará el acreedor-propietario postergado, en caso de que el acreedor preferido para la entrega inmediata fuese solamente comodatario del bien, ya que, en tal calidad, no deberá pagar suma alguna por la posesión de dicho bien. Es evidente que en este último caso el lucro cesante del propietario y, por consiguiente, la indemnización que podrá exigir al deudor común será de un monto ostensiblemente mayor. Cabe aquí mencionar que en todos los casos el acreedor defraudado podría, simplemente, resolver su contrato y exigir daños y perjuicios.

Es claro entonces que la aplicación de las normas contenidas en los artículos 1135 y 1136 no excluyen que el o los acreedores perjudicados por el incumplimiento

del contrato que celebraron puedan demandar al deudor la reparación de daños y perjuicios. Además de la responsabilidad civil, no se descarta, de tipificarse el delito de estafa, que también puedan accionar por la vía penal.

De otro lado, conviene mencionar que, si bien es cierto que las normas sobre concurrencia de acreedores previstas por el Código en sus artículos 1135 y 1136 son de aplicación general a la multiplicidad de obligaciones de dar o contratos susceptibles de generar dichas obligaciones, el propio Código ha recogido dentro del contrato de arrendamiento una norma especial referida a la concurrencia de arrendatarios.

Así, en el artículo 1670 del Código Civil de 1984 se establece que «Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta».

El artículo transcrito ha merecido opinión favorable por parte de un agudo profesor[304], pero nosotros consideramos que el precepto referido resulta impertinente, pues cabe imaginar el supuesto en que estuviésemos frente a una concurrencia de acreedores en la cual parte de ellos sean arrendatarios y los restantes cuenten con títulos de distinta naturaleza. En este caso habría que aplicar únicamente las reglas generales de los artículos 1135 y 1136, y abstenernos de hacerlo con relación al artículo 1670, el cual únicamente sería aplicable cuando la totalidad de los acreedores que concurran para la entrega de un bien sean arrendatarios, supuesto por lo demás poco frecuente.

Adicionalmente, como lo hemos advertido, el Código Civil peruano de 1984 plantea otro problema: el relativo a los Registros Públicos.

Como ha sido expuesto extensamente, el sistema de transferencia de la propiedad en el Perú descarta como elemento constitutivo al registro, tanto para bienes muebles como inmuebles; pero, sin embargo, el Código en su Libro IX, relativo a los Registros Públicos, prevé el Registro de Propiedad Inmueble (artículos 2018 a 2023) y los Registros de Bienes Muebles (artículos 2043 a 2045).

A primera vista, las normas de Registros Públicos no conllevan mayores problemas en lo que se refiere a la transferencia de la propiedad. Sin embargo, si concordamos sus preceptos con los de concurrencia de acreedores y los de

304 Nos referimos a la opinión de Juan Luis Hernández Gazzo (Hernández Gazzo, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». En *Ius et Veritas*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, n.° 7, Lima, 1993, pp. 192 y 193).

transferencia de propiedad, advertiremos que podrían suscitarse dificultades respecto de la transmisión de la propiedad mueble o inmueble[305].

2.2.2. Concurrencia de acreedores de bien inmueble

Para ilustrar la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y las respuestas que nos ofrece el Código Civil, nada mejor que un ejemplo:

Imaginemos que «D» es propietario y poseedor de una casa. Esta persona tiene la documentación respectiva en orden y conforme a Derecho; inclusive tiene el título de propiedad inscrito a su nombre en los Registros Públicos.

El día 25 de julio del año 2014 «D» celebra un contrato de compraventa con «X», obligándose, en consecuencia, a transferirle la propiedad de su casa. En el contrato se establece que «D» se encuentra obligado a entregarle físicamente el inmueble el día 1 de agosto.

Cabe señalar que el contrato de compraventa fue celebrado en un documento privado que no se elevó a escritura pública. Ni siquiera las firmas de los contratantes fueron legalizadas por notario.

Al día siguiente, el 26 de julio, «D» celebra un nuevo contrato de compraventa sobre el mismo inmueble que sí es elevado a escritura pública. Esta vez el comprador es «Y».

El 27 de julio, un día después de celebrado el segundo contrato de compraventa, «D» celebra con «Z» un contrato de arrendamiento por cinco años. Este contrato no sólo es elevado a escritura pública, sino que además es inscrito en los Registros Públicos.

Partiendo del escenario que acabamos de construir, respondamos algunas preguntas que nos ayudarán no sólo a entender cómo opera la concurrencia de acreedores en nuestro sistema jurídico en el caso de bienes inmuebles, sino, más importante aún, a percibir las diferencias que existen entre sus reglas y las de transferencia de propiedad.

Iniciemos con lo más elemental, a saber: ¿quién era propietario del bien el día 24 de julio? La respuesta es evidente. El propietario era «D».

El día 25 de julio de 2014, después de celebrar el contrato «D» con «X», ¿quién era propietario del bien? Aquí tampoco es difícil contestar. El propietario era «X», en virtud del artículo 949 que, como hemos advertido, establece que la propiedad de un bien inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. En el momento en que se celebró el contrato, «X» se convirtió en el nuevo propietario.

305 Consideramos de interés remitir nuevamente al lector a la opinión de Hernández Gazzo (*Ibidem*, pp. 188 y 189).

El día 26 de julio de 2014, luego que «D» e «Y» celebraron el contrato de compraventa que fue elevado a escritura pública, ¿quién era propietario del bien? Quien se guíe únicamente por la noción de fecha cierta que maneja, podría contestar que el propietario es «Y» porque su contrato fue elevado a escritura pública.

Esa persona, al responder, habría pasado por alto que al momento en que «D» e «Y» celebraron el contrato, el primero de ellos ya no era propietario del inmueble y, en consecuencia, no podía transferirle la propiedad al segundo. Nadie puede dar algo que no tiene, nadie puede transferir un derecho que no tiene.

Como señaláramos hace sólo unos instantes, el día 25 de julio la propiedad fue transferida a «X». De ello se sigue que el día 26, y en tanto «X» no celebró ningún contrato de transferencia de propiedad, «X» seguía siendo propietario del inmueble.

La situación no cambia el 27 de julio, puesto que el contrato que celebran «D» y «Z», aunque sí se inscribió en los Registros Públicos, tampoco afecta el derecho de propiedad de «X», por dos razones. Primero, porque se trata de un contrato de arrendamiento; y segundo, porque el día 27 de julio «D» ya no era propietario y, por consiguiente, no tenía derecho alguno para entregar en arrendamiento el inmueble.

Hasta aquí únicamente nos hemos referido al tema de la propiedad, sin llegar a introducirnos en el de la concurrencia de acreedores. Además, como hemos señalado, en un esquema como el planteado aún no hay conflicto que solucionar con las normas sobre concurrencia de acreedores.

La concurrencia de acreedores se configuraría en el supuesto de que «X», «Y» y «Z» discutieran sobre quién tiene derecho a que se le entregue la casa, y ello debería resolverse aplicando el artículo 1135 del Código Civil.

Los artículos sobre concurrencia de acreedores, insistimos, no tienen por finalidad determinar quién es el propietario de un bien, ya que no regulan la transferencia de propiedad; lo que determinan es quién tiene el mejor derecho para que el bien le sea entregado. Así, en el artículo 1135 se establecen las reglas que deberán seguirse cuando concurran dos o más acreedores respecto de un mismo inmueble.

Estas reglas, como puede apreciarse de la lectura de la citada norma, se refieren a la preferencia, y el legislador de 1984, teniendo como brújula la noción de seguridad jurídica, ha dispuesto lo siguiente:

- Se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito.
- De no haber inscripción, se prefiere al acreedor cuyo título sea de fecha cierta anterior.
- De no haber inscripción y si ninguno de los títulos es de fecha cierta, se prefiere al de fecha más antigua.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si aplicamos estas reglas al caso de nuestro ejemplo, resulta claro que la preferencia la tendría «Z», pues fue el único que inscribió su derecho, que no obstante estar basado en un contrato de arrendamiento primaría sobre el de propiedad. En este supuesto, entonces es a «Z» a quien debería entregársele el bien para que lo ocupe cinco años como arrendatario.

La importancia de la inscripción registral, así como la manera en que ella opera, ha sido resaltada en innumerables sentencias.

> La principal finalidad de la inscripción es amparar a los terceros que contratan de buena fe y a título oneroso, sobre la base de lo que aparezca en el Registro; de tal manera que una vez inscrito su derecho[306], mantienen su adquisición, aunque después se anule el derecho del otorgante, en virtud de causas que no consten en los registros públicos[307].

> En el caso de concurrencia de acreedores de un bien inmueble, se debe preferir a aquel que tenga su derecho inscrito, siendo entonces irrelevante la fecha de los documentos privados de las respectivas transferencias que se hayan suscrito por los compradores con el mismo vendedor; siendo así, a través de los principios de publicidad y el principio de la fe pública registral, se obliga en este caso a amparar la validez de la venta efectuada a favor de los demandados[308].

> Dada la naturaleza excluyente del derecho de propiedad, no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos personas titulares del derecho real de propiedad; por ello, en caso de concurrencia, para determinar quién es el propietario del bien, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito; o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. En este último caso se prefiere al *(sic)* título que conste en documento de fecha cierta más antigua[309].

306 «Según lo dispone el artículo 2022 del Código Civil, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone» (Casación n.° 3155-2000-Lima). «Por el principio de prioridad excluyente se prefiere al (sic) derecho de aquel que lo inscribió primero en los registros públicos, aunque el acto jurídico de adquisición haya sido con posterioridad al de la otra persona que alega el mismo derecho sobre el bien» (Casación n.° 3155-2000-Lima). «Que la inscripción registral produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, y otorga también la prioridad en el tiempo que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro, y el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos» (Casación n.° 1518-2000-Moyobamba).

307 Casación n.° 2210-99-Chincha.

308 Casación n.° 275-97/7-Trujillo.

309 Expediente n.° 789-2005-Lima.

Ahora bien, la primera solución a la que hemos arribado en nuestro ejemplo genera dos preguntas cuya respuesta es la misma, esto es, a quién debería pagar «Z» la renta y, transcurridos los cinco años, a quién tendría que entregarse el bien.

Para solucionar ambas interrogantes debemos acudir, nuevamente, a las reglas del artículo 1135, ya que, lo reiteramos, de lo que se trata es de determinar a quién se prefiere para que se le entregue el bien, no quién es propietario. No obstante, debemos admitir que es posible que se entrecrucen los artículos 1135 y 949.

En el supuesto que nos sirve de ejemplo «Y», de darse un proceso en el que ello se discuta, debería desplazar a «X» en su condición de propietario, en tanto «Y» tiene un documento de fecha cierta —escritura pública— que, de acuerdo al artículo 1135, le da preferencia.

Siguiendo ese esquema, tendríamos que cuando termine el arrendamiento el bien debería ser entregado a «Y» por ser el segundo acreedor preferido en el orden de prelación del artículo 1135. Esa entrega sería, lógicamente, a título de propietario.

Conviene aclarar que las reglas de concurrencia de acreedores operan siempre dentro de un proceso judicial o arbitral, de modo que mientras éste no se desarrolle o no haya una sentencia firme en la que se establezca qué derecho prevalece ante la concurrencia de acreedores, el propietario sería «X», pues fue a él a quien, conforme al artículo 949, se le transfirió el derecho de propiedad.

Es recién cuando «Z» resulte preferido en virtud de una sentencia, y cuando en la sentencia se declare como propietario a «Y», que este último desplaza en la condición de propietario a «X», gracias a las normas de concurrencia de acreedores. En esta oportunidad «Y» tendría el derecho de cobrar la renta, antes no, ya que hasta entonces el propietario habría sido «X». Si en la sentencia «Z» es preferido, pero no se menciona a «Y» o no se le da preferencia, entonces «Z» tendría que pagarle la renta a «X» y, finalizado el arrendamiento, entregarle a «X» el bien.

Sin una sentencia judicial o un laudo firme que diga que otro debe recibir el bien a título de propietario, «X» no dejaría de ser propietario.

Observamos pues que en estricto es distinta la transferencia de propiedad y la concurrencia de acreedores. Los campos de unas normas y de las otras son diferentes, aunque, como hemos podido advertir, pueden cruzarse y entrar en conflicto en determinado momento. Sólo una sentencia firme logra que un propietario que ha adquirido conforme a Derecho deje de ser propietario en virtud de las reglas de concurrencia de acreedores.

Por su importancia, este tema ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia. En primer lugar, observamos los fundamentos del Pleno Jurisdiccional Civil, realizado por la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, de fecha 24 de agosto de 2017, en donde se acordó por unanimidad que, «En los procesos de reivindicación o mejor derecho de propiedad de inmuebles inscritos, cuando ambas partes se arrogan el derecho de propiedad invocando su título respectivo, no son

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

aplicables las reglas del artículo 1135 del Libro de Obligaciones del Código Civil, pues no hay deudor emplazado y estamos ante la oposición de derechos reales que debe resolverse a la luz del primer párrafo del artículo 2022 del mismo código, sin perjuicio de valorarse la buena fe de quien accedió primero al registro».[310]

Ahora bien, en los últimos años también se ha levantado un gran debate sobre la prevalencia entre el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito (derecho personal) en los procesos de tercería de propiedad. Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, realizado en Lima, el día 20 de octubre de 2012 ha desarrollado el tema, concluyendo lo siguiente: «*¿El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito?* Conclusión Plenaria: El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad es oponible al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones de derecho común, que dan prioridad a los derechos reales *siempre y cuando el tercerista ejerza los atributos de la propiedad*».[311]

Como vemos, el debate sobre la prevalencia de los derechos reales y los derechos de obligaciones es muy antiguo, y no ha sido ajeno a pronunciamientos en materia jurisprudencial[312]:

La Casación n.º 2409-98-Callao, de fecha 9 de junio de 1999, determinó lo siguiente, «Diferencias y vínculos entre los derechos reales y personales. *Noveno.* Los derechos personales (obligaciones) no pueden oponerse con los derechos reales, si bien existen diferencias, también están íntimamente vinculados, pues incluso, se hable sobre caducidad de esta distinción, como se advierte por ejemplo, en la diferencia entre el arrendamiento (obligacional) y el usufructo (real) sin reparar en que cuando el contrato de arrendamiento faculta a subarrendar (al conceder el arrendatario facultades de usar sirviéndose del bien, y disfrutar percibiendo la renta derivada del subarrendamiento) está dando lugar, al derecho de usufructo, de la misma forma en que el contrato de compraventa (obligacional) da lugar al derecho (real) de propiedad, pues como dice Alfredo Bullard "ni en la naturaleza ni en los efectos, encontraremos alguna diferencia importante" entre la relación obligacional y la real».[313]

Sobre la aplicación de las normas de derecho común frente a conflictos entre derechos reales y personales, la Casación n.º 3411-2002-Ica, de fecha 5 de julio de 2004 ha señalado: «*Décimo tercero.* En cuanto al artículo 2022, segundo párrafo, del Código Civil, debe precisarse que dicha norma establece la primacía entre derechos reales inscritos y señala que tratándose de derechos de distinta

310 Pozo Sánchez, Julio. *Summa civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen.* 3.ª edición. Lima: Nomos & Thesis, 2021, p. 866.

311 Loc. cit.

312 Texto correspondiente a la tercera edición.

313 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 866-867.

naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común. Entre esas normas del derecho común encontramos al artículo 1135 del Código Civil, el cual precisa el criterio judicial que tiene pertinencia en el presente caso cuando señala (...) que tiene preferencia al (*sic*, debe leerse "el") acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito preferentemente».[314]

La jurisprudencia ha determinado que, para ciertos escenarios, no se debe aplicar el precepto sobre concurrencia de acreedores. Así lo señala la Casación n.º 3312-2013-Junín, de fecha 6 de octubre de 2014, en el sentido de que «La norma sobre concurrencia de acreedores es impertinente para establecer el "mejor derecho de propiedad". *Quinto.* La declaración de "mejor derecho de propiedad" desarrollada por la jurisprudencia nacional y concebida como acción real e imprescriptible a pesar de no estar prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico no da lugar a la cancelación del asiento registral de quien aparece como propietario del bien siendo no obstante frecuentemente opuesta al propietario registral no poseedor por el poseedor no propietario cuando el primero con derecho inscrito demanda la reivindicación del bien de su propiedad o, incoada como pretensión principal cuando un mismo bien ha sido transferido a dos o más personas a fin de que se determine cuál de los títulos prevalece sustentada en la supuesta existencia de dos propietarios sobre un mismo bien lo cual como anteriormente se ha expuesto transgrede los alcances que nuestro ordenamiento legal regula. *Sexto.* Se advierte en el presente caso que se ha determinado, bajo la interpretación errónea del artículo 1135 del Código Civil, que el emplazado ostenta un "mejor derecho de propiedad" que la parte demandante, no obstante que la aplicación de la norma en mención resulta impertinente al caso concreto pues la misma está orientada a regular los actos jurídicos que contiene (*sic*, debe leerse "contienen") obligaciones de dar en el caso de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y no las situaciones que atañen a los derechos reales como en el caso de autos las cuales se encuentran reguladas en los artículos 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del Código Civil y en los artículos 2 numeral 16 y 70 de la Constitución».[315]

En el mismo sentido, la Casación n.º 1776-2009-Lambayeque, de fecha 8 de marzo de 2010, señala, «Para resolver los conflictos entre derechos de distinta naturaleza no es aplicable la concurrencia de acreedores por ser un argumento de tipo circular. Oposición de derechos de diferente naturaleza sobre el mismo inmueble. *Quinto.* Por tanto, interpretando el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, en él se regula lo relativo a la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre el mismo inmueble (embargo en forma de inscripción del Banco demandado frente al derecho de propiedad del demandante). En ese sentido, con la precisión que se trata de la oposición de los derechos de diferente naturaleza, para resolver el conflicto se debe aplicar las reglas del derecho común; ello genera

314 *Ibidem*, pp. 867.

315 *Ibidem*, pp. 868-869.

una particularidad, pues al establecerse que son dos derechos de distinta naturaleza, y al no ser aplicable el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, el conflicto se resuelve "como si el derecho registral para esos efectos no existiera" (Exposición de Motivos del Libro de Registros Públicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de julio de 1987); siendo así, para la interpretación de las reglas del derecho común, no puede ser tomado en cuenta el artículo 1135 del Código Civil en la parte que establece que, cuando el bien es un inmueble y concurren diversos acreedores, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito, pues en ese caso a través de un argumento de tipo circular se volvería a las disposiciones de los Registros Públicos, para analizar qué título se inscribió primero, que es justamente lo que no busca el segundo párrafo del artículo 2022 del Código glosado».[316]

2.2.3. Concurrencia de acreedores de bien mueble

Decíamos al inicio de nuestro análisis que el Código Civil establece la figura de la concurrencia de acreedores, tanto para bienes muebles como para bienes inmuebles.

En el caso de los bienes muebles, el tema encuentra sustento normativo en el artículo 1136.

Si leemos atentamente el texto de la citada norma, podemos apreciar que el precepto podría, en principio, cuestionarse desde un punto de vista teórico.

Como hemos repetido en varias oportunidades, la concurrencia de acreedores tiene por finalidad determinar a quién debe entregarse el bien, quién debe ser preferido para que se le entregue el bien. Sin embargo, y paradójicamente, el artículo 1136 da preferencia, en primer lugar, a aquél a quien el bien mueble ya ha sido entregado.

Aunque en el plano teórico esa regla podría resultar absurda, en la práctica es propósito de la norma verificar no si se le debe entregar el bien mueble a aquél a quien ya se le entregó, sino si a aquel a quien se le entregó dicho bien tiene o no derecho para quedarse con él.

Aclarado este punto, veamos lo previsto por el artículo 1136:

- Primero, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición (entrega) del bien.
- De no haber tradición, se preferirá al que tenga título de fecha cierta más antiguo.
- Si no ha habido tradición y ninguno de los títulos es de fecha cierta, se prefiere al de fecha más antigua.

316 *Ibidem*, p. 869.

Así, el legislador ha dispuesto que, si ya hubo tradición del bien, el acreedor a quien éste ha sido entregado tiene preferencia y, en consecuencia, puede quedarse con el bien y ejercer el derecho que le corresponde según su título.

Cabe advertir que la solución asumida por esta norma tiene la virtud de no contradecir lo dispuesto en el artículo 947, precepto que regula la transferencia de propiedad de bienes muebles. A diferencia de lo que ocurría en el caso de la concurrencia de acreedores de inmuebles, la regla bajo análisis no ocasiona conflictos entre la lógica del sistema de transferencia de propiedad y el de concurrencia de acreedores.

De acuerdo con el artículo 1136, si se tratase de la obligación de entregar en propiedad un bien mueble y varios se disputasen la propiedad del bien, sería preferido aquél a quien en efecto éste le fue entregado, lo cual concuerda con lo prescrito en materia de transferencia de bienes muebles. Recordemos que, salvo disposición legal diferente, la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor.

Lo que sí podría plantear esta solución son algunos problemas de orden teórico cuando se trate de bienes muebles registrables.

Utilicemos un ejemplo para ilustrar dichos problemas.

«A» vende su automóvil a «B», pero la compraventa no se inscribe en los Registros Públicos, aunque sí le entrega el vehículo. Horas más tarde, «A» le vende ese mismo vehículo a «C», venta que sí se inscribe en los Registros.

En el caso propuesto, de acuerdo con el artículo 947 del Código Civil el propietario sería «B», pues a él se le entregó el auto. Esta solución coincide con la establecida en el artículo 1136.

Así las cosas, ¿por qué podría haber conflicto? Porque el segundo comprador, «C», pese a que no le entregaron el bien, siguió todo el proceso de formalización de la transferencia de propiedad e inscribió su derecho en los Registros Públicos. Incluso tiene una tarjeta de propiedad que dice que es el dueño.

Si «B» y «C» fueran a juicio, ¿cómo tendría que resolver el juez? Como lo hemos señalado, en virtud del artículo 947 la propiedad se transfiere con la entrega del bien, principio concordante con el artículo 912, por el cual se señala que el poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. El mismo artículo 912 agrega, entre otras disposiciones, que esta presunción no puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

De otro lado, el artículo 1136 establece que se preferirá al acreedor a quien se hizo entrega del bien, pero ¿qué ocurrirá si a dicha entrega le precede o sigue la inscripción del bien en el Registro de Bienes Muebles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Concretamente, el lector se preguntará si quien inscribió con anterioridad o posterioridad a la entrega podría oponer dicha inscripción al ex acreedor que posea el bien.

La respuesta no la da el Código Civil, ya que este cuerpo normativo no se plantea el problema. No obstante, nos inclinamos a pensar que deberían seguirse, para el caso de los bienes muebles registrables, los mismos principios de protección al acreedor diligente. En este caso, sin embargo, nos encontraríamos ante un nuevo problema, ya que ambos acreedores podrían ser considerados como diligentes: el primero, por haber tenido la precaución de exigir que se le haga entrega del bien, y el segundo, por haber tenido la diligencia de inscribir su derecho en los Registros Públicos.

Como hemos anotado oportunamente, dar una respuesta acerca de cuál de ambos acreedores debería ser preferido no es nada fácil, ya que, por una parte, podría argumentarse que debiera ser preferido aquél que inscribió primero su derecho, porque, al inscribirlo y constar éste en los Registros Públicos, aquél resulta oponible *erga omnes*; pero, por otra parte, podría argüirse la diligencia al solicitar y lograr la tradición del bien.

Algunos jueces, considerando más diligente a quien inscribe, han optado por resolver los supuestos de acreedores de bienes muebles registrables, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 1135.

Al respecto, cabe citar la sentencia de casación n.° 3378-2000-Arequipa:

> El artículo 1136 del Código Civil no se refiere propiamente a bienes registrables como un automóvil, por lo que debe concordarse con lo dispuesto por el artículo 2014 del Código material, que contempla la figura de la buena fe registral, y el artículo 1135 de ese mismo Código, que si bien se refiere a la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, resulta aplicable al caso de autos por analogía, toda vez que el bien *sub litis* se trata de un bien inscribible[317].

En nuestra opinión, sin embargo, es más diligente el deudor al que el acreedor hace la tradición del bien, de modo que, en nuestro ejemplo, ante un conflicto, consideramos que el juez o árbitro debería resolver a favor de «B». Los artículos 947 y 1136 imponen ese fallo.

Tal vez pueda sorprender nuestra opinión y pensar que debería preferirse a «C», por haber sido «diligente» al inscribir su derecho en los Registros. La pregunta que habría que realizar es si en verdad puede considerarse que «C» fue diligente. O mejor planteemos la pregunta de esta manera: ¿qué comprador es más

317 Casación n.° 3378-2000-Arequipa.

diligente, el que tiene físicamente el automóvil o el que transfirió los derechos a su nombre, pero no tiene la posesión del vehículo?

Para nosotros la respuesta resulta clara. Es más diligente aquél que hizo que le entreguen el vehículo. El otro, por el contrario, puede calificarse como negligente; primero, porque se conforma con que le entreguen la tarjeta de propiedad; y segundo, porque se arriesga, al no tener la posesión de un automóvil que está inscrito a su nombre en Registros Públicos, a que un tercero lo conduzca y cause daños que, debido a la inscripción registral, precisamente, podría ocasionar que sea demandado solidariamente junto al conductor del vehículo[318].

2.2.4. La buena fe en las reglas de concurrencia de acreedores

Conviene en esta parte resaltar que lo que prima no es simplemente la inscripción en el Registro en el caso de inmuebles, o la posesión en el caso de bienes muebles. El legislador de 1984 se preocupó por prescribir que el derecho de quien inscribió, únicamente es preferido si el acreedor era de buena fe; e hizo lo mismo respecto del derecho de quien ya ha recibido la posesión del bien.

A partir de esa constatación, consideramos importante preguntarnos qué criterio de buena fe se maneja en los artículos 1135 y 1136.

En principio, debemos advertir que la buena fe, en palabras de Manuel de la Puente, es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, al que se le han dado precisiones y convertido en un precepto jurídico.

De la Puente cita las palabras de Ripert, en su famosa obra *La regla moral en las obligaciones civiles*, quien dice que la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y por los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el Derecho positivo.

En general, se reconoce que, legislativamente, la buena fe tiene dos sentidos.

318 Tal como lo señala la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley n.° 27181, en el artículo 24.2: «El propietario del vehículo y, en su caso, el prestador del servicio de transporte son solidariamente responsables ante la autoridad administrativa de las infracciones vinculadas a las condiciones técnicas del vehículo, incluidas las infracciones a las normas relativas a las condiciones de trabajo de los operarios del servicio de transporte, protección del ambiente y seguridad, según lo que establece esta Ley y los reglamentos nacionales». Asimismo, el artículo 29 de dicho texto legal establece que: «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados». En concordancia, el Reglamento Nacional de Tránsito establece en el tercer párrafo del artículo 327 que: «En todos los casos, el propietario del vehículo asumirá responsabilidad solidaria con el conductor cuando se trate de la comisión de infracciones consistentes en conducir careciendo de licencia, no corresponder ésta a la clase o categoría requeridas o encontrarse ésta retenida, suspendida, cancelada o inhabilitada por cualquier causa».

El primero de esos sentidos es el subjetivo; siendo *buena fe creencia*, la intención o creencia con la que obran las personas. El segundo sentido de la buena fe es el objetivo, y se entiende como la regla de conducta que orienta la actuación leal del sujeto, como podría ser el caso de la negociación de un contrato. Es la *buena fe lealtad.*

Si bien las nociones de buena fe que acabamos de delinear se encuentran interrelacionadas, es posible encontrar algunas diferencias, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Buena fe subjetiva	Buena fe objetiva
a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho. Tiene, pues, un contenido ético.	a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
b) La creencia es razonada. El sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.	b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia.	c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.
d) No se actúa con dolo o culpa.	d) Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.
e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.	e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea, un prototipo de conducta social media.
f) Hay correspondencia entre su creer y su actuar.	f) Dicho estándar jurídico debe aplicarse en consideración al contexto social en el que actúa el sujeto.
g) El Derecho da tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.	

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A decir verdad, no encontramos dificultades para advertir que la buena fe que se exige en los artículos 1135 y 1136 es la subjetiva. Así, lo que importa es que quien inscribe su derecho en los Registros o, de ser el caso, recibe el bien por tradición, debe desconocer *(al momento de la celebración de su contrato)*[319] que el deudor ya se obligó a entregar ese mismo bien a otro sujeto[320]. Así, se sostiene que «La buena fe de quien invoca la preferencia es un presupuesto insalvable para determinar el mejor derecho a la propiedad»[321].

Ese criterio ha sido asumido por nuestra jurisprudencia. A modo de ilustración, podemos remitirnos al ya citado fallo del Expediente n.° 789-92-Lima, de fecha 7 de diciembre de 1993.

Allí, al aplicar las reglas propias del artículo 1135 para determinar cuál de los acreedores tenía mejor derecho, se hizo hincapié en el valor de la buena fe. Al resolver, la sala decidió que, si el acreedor carece del requisito de buena fe al momento de haberse celebrado la compraventa a su favor, su derecho no puede ser considerado preferente, a pesar de haberse inscrito en primer lugar en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Encontramos idéntico razonamiento en lo resuelto en la Casación n.° 217-95-Arequipa, de fecha 15 de octubre de 1996:

> Para establecer la preferencia en caso de concurrencia de acreedores de bien inmueble, no siempre es suficiente que el negocio jurídico conste en documento de fecha cierta más antigua, sino que se requiere de otros factores —como la buena fe— para demostrar la existencia real y con él su preferencia. Al no ser propietario del bien, por tener título de fecha posterior y carecer de buena fe, no cabe que el recurrente interponga recurso de casación por inaplicación de la norma sobre la acción reivindicatoria.

Los tribunales peruanos completan la idea advirtiendo «[...] que nuestro ordenamiento jurídico no exige la inscripción en el Registro como requisito esencial para la adquisición del derecho de propiedad; y que, a doña Yolanda Guzmán Fajardo viuda de Lau (una de las acreedoras) no le favorece la presunción de buena fe contenida en el artículo dos mil catorce del Código Civil, por lo que resulta irrelevante que haya inscrito su derecho de propiedad en primer lugar [...]».

En este mismo sentido, en la Casación n.° 1167-98-Lambayeque, se establece que «La fe pública registral protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe

319 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

320 El valor de la buena fe creencia ha sido aceptado por la jurisprudencia nacional: «El principio de buena fe registral se presume mientras no se pruebe que el tercero tenía conocimiento de la inexactitud del registro». Casación n.° 1337-98-Lambayeque.

321 Casación n.° 217-2005-Arequipa.

en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes»[322].

Adicionalmente, la Casación n.º 357-2019-Callao, de fecha 5 de mayo de 2022, señala que la buena fe es requerida a cualquier tipo de acreedor, no sólo al acreedor con derecho inscrito, «El artículo 1135 del Código Civil no señala que solo el derecho inscrito tiene que ser de buena fe, se refiere al acreedor de buena fe, sea inscrito o no, o de título de fecha anterior, precisando que se preferirá el de fecha cierta más antigua».[323]

Antes de concluir nuestros comentarios, debemos precisar que entendemos a la buena fe de la que se trata en ambos supuestos, como sinónimo de desconocimiento o ignorancia, pero siempre y cuando en ellos no haya mediado un actuar negligente por parte del acreedor. De lo contrario, dicho acreedor no podría ingresar dentro de la concurrencia de acreedores. *El caso típico es el desconocimiento de la realidad registral por el simple hecho de no haber consultado Registros Públicos*[324].

Debe tenerse presente que, para la configuración de la concurrencia de acreedores, vale decir, para que un acreedor sea considerado en dicha concurrencia, resulta imprescindible que haya actuado de buena fe. Dentro de tal orden de ideas, si un acreedor fuese de mala fe, aunque hubiera inscrito su derecho en el Registro, no será preferido frente a cualquier acreedor de buena fe, por más débil, aunque veraz, que sea su título.

2.2.5. El problema de los documentos de fecha cierta

En los artículos 1135 y 1136 se hace alusión, en lo referente a la concurrencia de acreedores, al «título que conste de documento de fecha cierta más antigua», en caso que los bienes, si son inmuebles, no hayan sido inscritos por alguno de los acreedores y, si son muebles, no se haya hecho tradición de éstos a alguno de los acreedores, y, en ambos supuestos, como es evidente, que existan diversos títulos para la transferencia del bien.

Conviene aclarar que nuestra jurisprudencia entiende por «fecha cierta aquella a partir de la cual la existencia de un documento no puede ser cuestionada por terceros»[325].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

322 Casación n.° 1167-98-Lambayeque.

323 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 356. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-357-2019-Callao-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

324 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

325 Casación n.° 318-2000-La Libertad.

Siguiendo lo expuesto, cabría ahora preguntarnos en qué casos efectivamente puede calificarse a un documento como de fecha cierta[326].

Esta misma interrogante ha sido materia de análisis por parte del Tribunal Registral en incontables ocasiones. Conviene aquí transcribir su posición, que se encuentra plasmada en la Resolución del Tribunal Registral n.° 017-2002-ORLC/TR[327]:

> [...] Cabe precisar en cuanto a lo manifestado por el recurrente, en el sentido de que él no está realizando la compraventa sino que simplemente está formalizando una venta ya realizada, que si bien en nuestro ordenamiento la transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles opera extrarregistralmente *(sic)*, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria entre las partes, acorde con lo previsto por el artículo 949 del Código Civil, no es menos cierto que dicho acto jurídico debe merecer fe respecto a la fecha de su celebración.
>
> [...] En ese sentido, para establecer la fecha cierta de un documento, este Colegiado ha admitido en vía jurisprudencial la presentación de documentos privados complementarios que contengan el acto jurídico materia de inscripción, exigiéndose como requisito para su admisión que sean documentos fehacientes en cuanto a su fecha, y por ello, esta instancia, en ausencia registral sobre la materia, consideró pertinente aplicar la norma contenida en el artículo 245 del Código Procesal Civil, que regula los supuestos en que un documento privado adquiere fecha cierta y produce efectos ante terceros.
>
> [...] Para los efectos de la clara diferenciación entre un documento público y un documento fehaciente, resulta conveniente, atendiendo a la similitud existente entre el artículo 245 de nuestro Código Procesal Civil y el artículo 1227 del Código Civil español, señalar lo expresado por Antonio Manzano Solano cuando indica que "[...] El carácter público o auténtico de un documento hace alusión a su formalización pública: intervención de Notario o funcionario. La fehaciencia, en cambio, alude a su valor como prueba y, en este sentido, puede ser fehaciente

326 Se discute mucho acerca de qué debe entenderse por documento de fecha cierta. Incluso hay quienes consideran conveniente introducir mayor precisión conceptual en el texto del Código Civil peruano.
Sobre la diversidad de criterios en esta materia, se han expresado dos puntos de vista en nuestro país. El primero es el de Raúl Ferrero Costa (Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, pp. 49 y 50). Luego tenemos la opinión de Gastón Fernández Cruz (Fernández Cruz, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». *Op. cit.*, pp. 219-222). Recomendamos la lectura de estas opiniones.

327 El mismo criterio ha sido seguido, entre otras, en las Resoluciones n.° 016-99-ORLC/TR del 28 de enero de 1999, n.° 220-2000-ORLC/TR del 7 de julio de 2000 y n.° 338-2000-ORLC/TR del 17 de octubre de 2000.

> un documento privado, cuya fecha se cuenta respecto a terceros cuando se dan algunas de las circunstancias previstas en el artículo 1227 del Código Civil: su incorporación o inscripción en un registro público; la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o su entrega a un funcionario público por razón de su oficio [...]".
>
> [...] Asimismo, resulta necesario precisar que la totalidad de los supuestos que determinan la fecha cierta regulados en el artículo 245 del Código Procesal Civil, no son aplicables en el procedimiento registral, atendiendo precisamente a que la utilización supletoria de las normas que rigen el proceso civil debe tener en cuenta las diferencias existentes con el procedimiento registral, en especial considerando que en este último no resulta factible la actuación de medios probatorios diferentes a los documentos en los que los solicitantes funden su derecho ni resulta admisible la oposición o intervención de terceros dada su naturaleza no contenciosa.
>
> [...] Según a lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que para efectos registrales la "fecha cierta" de un contrato de compraventa no está determinada por la fecha de la minuta sino por la fecha del instrumento que la formaliza, ello en virtud de la presunción de autenticidad emanada de los documentos notariales, por lo que la mera consignación del 9 de agosto de 1991 como fecha de la suscripción de la minuta, no determina que deba considerarse ésta como fecha de su celebración, sino más bien la de la fecha en que se procede a su elevación a escritura pública, vale decir el 5 de octubre del año 2001, no pudiendo establecerse, en el caso materia de alzada, que el contrato de compraventa fuese celebrado con anterioridad a la dación del poder el cual —tal como consta del título archivado n.º 45218 del 06.03.2001— fue formalizado por escritura pública del 7 de febrero de 2001.

Partiendo de lo expuesto, podemos señalar que, aunque efectivamente se puede calificar como documento de fecha cierta a aquel sobre el cual recaiga una constancia o manifestación de un funcionario público competente que dé fe de la fecha de realización o suscripción de éste, y que tal fe revista validez, su noción no se agota en esa definición.

La jurisprudencia, por su parte, también ha precisado algunos supuestos en los cuales no se puede colegir la fecha cierta de un documento, como se menciona en la Casación n.º 617-2005-Cono Norte, de fecha 16 de noviembre de 2005, «*Sétimo*. Con respecto a la inaplicación de los artículos 95, inciso b) y 97 de la Ley del Notariado n.º 26002, se debe mencionar que la sola colocación de un número de Kardex a una minuta no le confiere al documento el carácter de fecha cierta, por no encontrarse este acto dentro de los actos protocolares o extra protocolares de los cuales puede dar fe o intervenir un Notario; no encontrándose

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incurso dentro de los supuestos regulados por los incisos 2° y 3° del artículo 245 del Código Procesal Civil».[328]

De acuerdo con el artículo 400 del antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, eran instrumentos públicos, entre otros, las escrituras públicas (inciso 1) y las escrituras extendidas ante juez de paz por falta de notario, desde que se protocolizaban. Es así que, en primer lugar, teníamos como documentos de fecha cierta, a la vez que instrumentos públicos, a las escrituras públicas.

Actualmente, el tema de los documentos *de fecha cierta*[329] es regulado por el Código Procesal Civil de 1993 en su artículo 245, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 245.- Fecha cierta
>
> Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:
>
> 1. La muerte del otorgante;
> 2. La presentación del documento ante funcionario público;
> 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
> 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
> 5. Otros casos análogos.
>
> Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

También son documentos que revisten fecha cierta los presentados en un proceso judicial, en el sentido de que la fecha de su presentación le otorgará certidumbre, con las constancias de recepción (sellos y rúbrica del secretario) que aparezcan en ellos. Adicionalmente lo serán aquellos documentos privados susceptibles de inscribirse en los Registros Públicos.

La fecha en la que conste la presentación de dichos documentos en un proceso judicial o en los Registros Públicos, determinará que a partir de allí ella sea cierta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

328 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.* p. 876.

329 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Dicho en otras palabras, hoy se puede presentar en un proceso un documento privado de hace tres años, pero ello no determina que se considere que la fecha en que se extendió ese documento sea la de hace tres años. La fecha cierta recién sería la correspondiente al día de su presentación. Y lo mismo ocurriría respecto a los Registros Públicos.

De los instrumentos públicos, como hemos visto, son las escrituras públicas documentos de fecha cierta, pero también lo son los documentos privados a los que alude el artículo 245 del Código Procesal Civil.

Por ello, el documento privado cuya fecha de suscripción está legalizada por Notario Público dará fe pública a esa fecha, lo que convertirá al mencionado documento en uno de fecha cierta.

Dejamos constancia de que la fecha en que el notario legaliza a solicitud de los otorgantes dicho instrumento, puede coincidir o ser posterior al día en que se presente el mencionado documento al notario. En otras palabras, aquí habrá fecha cierta única y exclusivamente desde el momento en que el instrumento sea legalizado por el notario, aun cuando dicha legalización se produzca con posterioridad a la fecha de presentación del documento.

De lo expuesto podemos concluir que son documentos de fecha cierta aquellos en los que haya intervenido un notario público dando fe de determinados actos, tales como las escrituras públicas, las minutas con fecha o firmas legalizadas y los contratos privados con fecha o firmas legalizadas, además de aquellos previstos por el citado artículo 245 del Código Procesal Civil.

2.2.6. Análisis de los diversos supuestos de concurrencia de acreedores de acuerdo a las diversas clases de bienes que son susceptibles de formar parte de un contrato de compraventa

Debemos precisar que nuestro enfoque del tema se realizará desde la perspectiva del contrato de compraventa, por ser el más usual de los contratos a través de los cuales un deudor se obliga a transferir la propiedad, y a raíz de cuya celebración se producen los más frecuentes conflictos acerca de la concurrencia de acreedores y la transferencia de la propiedad.

2.2.6.1. Compraventa de bienes que ya han dejado de existir

2.2.6.1.1. Bienes que han dejado de existir totalmente

Este supuesto no será analizado debido a que, al no existir el bien, tampoco habrá propiedad a cuya transmisión pudiéramos referirnos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.6.1.2. Bienes que han dejado de existir parcialmente

En este caso, si el comprador optase por no «retractarse» del contrato (argumento del artículo 1533 del Código Civil), serían de plena aplicación los artículos 1135 y 1136.

2.2.6.2. Compraventa de bienes futuros

En este supuesto se nos plantea el problema de que un bien futuro pueda o no ser susceptible de inscripción en los Registros Públicos. Si se tratase de un bien futuro *in rerum natura* (vale decir, de aquellos bienes que ya tienen existencia material), este bien podría inscribirse, mas no así aquellos bienes *non in rerum natura*, ya que éstos no tienen existencia material alguna.

2.2.6.2.1. Bienes in rerum natura

Estos son bienes futuros que ya cuentan con una existencia material.

- **Bienes inmuebles**

En este caso, en lo referente a la transferencia de propiedad, ésta operaría al momento en que llegue a existir dicho bien, momento a partir del cual recién surtirá efectos el contrato; y el bien se considerará transferido al primer acreedor a quien se le vendió.

Sin embargo, en lo que se refiere a la concurrencia de acreedores, no se preferirá necesariamente al primero en comprar, sino al que inscribió primero su derecho. Coinciden en este último sentido las normas de Registros Públicos.

- **Bienes muebles**

De acuerdo con la norma contenida en el artículo 947 del Código Civil, la propiedad del bien se transferirá a aquel a quien se hizo la entrega, lo que coincide con lo establecido por el artículo 1136 sobre concurrencia de acreedores.

2.2.6.2.2. Bienes non in rerum natura

Se trata, como hemos señalado, de bienes futuros que aún no cuentan con existencia material.

- **Bienes inmuebles**

En este caso —que, como hemos dicho, al no tener existencia no serían susceptibles de inscripción— podríamos formular las siguientes reflexiones:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si hubiese varios acreedores, todos ellos compradores del bien, es evidente que ninguno, por más diligente que fuere, podría inscribir su título en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Si antes de que el bien llegue a tener existencia concurrieran diversos acreedores, deberá ser preferido aquél que tenga título de fecha anterior, y en todo caso se preferirá a aquél que conste de documento de fecha cierta más antiguo.

Luego de que el bien llegue a tener existencia y sea inmatriculado, cualquiera de los acreedores podrá gestionar la inscripción de su título en el Registro respectivo, rigiendo a partir de ese momento, con plenitud, los supuestos del artículo 1135 del Código Civil.

- **Bienes muebles**

En el caso de un bien mueble, antes de que llegue a tener existencia, y de concurrir diversos acreedores sobre éste para su futura entrega, deberá ser preferido aquél cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo el que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Una vez que el bien mueble llegue a tener existencia, serán de aplicación, respecto de la concurrencia de acreedores, los preceptos del artículo 1136; y, en lo referente a la transferencia de propiedad, ésta operará con la tradición de él.

2.2.6.3. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir

En este supuesto se aplican los principios de los bienes presentes a los que inmediatamente nos referimos.

2.2.6.4. Compraventa de bienes presentes

Es en este caso en el que se producen los supuestos de mayor interés, ya que en él se plantearán, a la vez, las hipótesis de venta de bien propio y de bien ajeno.

2.2.6.4.1. Bienes inmuebles

Como lo hemos dicho, la transferencia de propiedad, en el caso de los bienes inmuebles, opera con la sola obligación de enajenar, lo que equivale a afirmar que, de acuerdo a las normas de transmisión de propiedad, bastaría con el simple contrato y la obligación de enajenar que éste genera, para que el primer comprador se haga de inmediato propietario del bien.

De lo expuesto puede deducirse que cuando una persona vende a varias un mismo bien inmueble, que en un primer momento le pertenecía, sólo a la primera le habría vendido un bien propio, pues a las restantes les habría vendido un bien ajeno.

De acuerdo con el principio de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, dicho vendedor habría hecho propietario al primer comprador del bien y no podría hacer propietario a nadie más que a él.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero en ese caso esta premisa se quiebra por dos motivos: el primero, por la relevancia que la ley peruana otorga al principio de que debe protegerse la diligencia de las partes; y el segundo, porque para nuestro Derecho el contrato de venta de bien ajeno es válido y, por lo tanto, susceptible de generar las obligaciones propias de todo contrato de compraventa, cuyas prestaciones evidentemente serán susceptibles de ejecución[330].

De allí que el primer adquirente no tendrá asegurado su derecho si concurren otros acreedores con diversos títulos sobre el mismo bien, ya que no obstante que en virtud del artículo 949 el primero de los compradores habría adquirido la propiedad del bien, por las normas de concurrencia de acreedores se preferirá a aquél que inscribió primero su derecho, principio concordante con las normas de Registros Públicos, en especial con el artículo 2014 por el cual dicho adquirente mantendrá firme su adquisición a pesar de la existencia de otras personas con igual título, pero que no hayan llegado a inscribir su derecho.

Sobre la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, de fecha 28 y 29 de abril de 2022, ha determinado, entre otras cosas, lo siguiente: «En los casos de mejor derecho de propiedad, lo que corresponde hacer, en principio, es comparar el título que exhibe la parte demandante con el título que exhibe la parte demandada. Dicha comparación, se debe hacer teniendo en cuenta distintos elementos como son, por ejemplo, el registro, la posesión, el documento de fecha cierta, entre otros, siempre que vayan acompañados de buena fe [buena fe transversal, es decir, exigible, a todos los elementos conforme se desprende del artículo 1135 del Código Civil; artículo 1135 del Proyecto de Reforma del Código Civil y, sobre todo, de una sólida jurisprudencia]».[331]

La referida comparación, no se debe limitar a comparar sólo los títulos [si el título llegó o no al Registro; si el título es un documento público y/o privado; si el documento privado tiene o no fecha cierta, basado únicamente en la legalización de las firmas y/o certificación de la fecha], pues esta comparación limitada, nos puede llevar a tomar decisiones ilegales e injustas, distantes de las reglas establecidas en el artículo 1135 del Código Civil y, de una sólida jurisprudencia; situación, que el derecho y los justiciables, *per se*, reprochan. La comparación de títulos,

330 Invitamos a la lectura de las siguientes obras de uno de los autores de este Tratado, en las que se realiza un estudio sobre la compraventa de bienes ajenos: Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo III, pp. 30 y ss.; Castillo Freyre, Mario. *Comentarios al contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 71 y ss.; Castillo Freyre, Mario. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Ediciones Legales, 2003, pp. 207 y ss.; Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.*; y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima, Gaceta Jurídica, 2021, tomo I, pp. 236 y ss. [La última obra es una referencia agregada en la tercera edición]

331 Texto correspondiente a la tercera edición.

debe ir acompañada, necesariamente del elemento posesión y, sobre todo de la buena fe que el referido artículo exige al título que haya llegado al registro».[332]

2.2.6.4.2. Bienes muebles

- **Bienes muebles no registrables**

En el caso de esta clase de bienes, la transferencia de propiedad operará con la tradición, regla coincidente con la establecida por el artículo 1136, referente a la concurrencia de acreedores. Por tanto, es de plena aplicación esta última norma.

- **Bienes muebles registrables**

Como lo hemos analizado oportunamente, no encontramos argumentos que justifiquen un tratamiento diferenciado para los bienes muebles registrables. Estamos convencidos, por ello, de que deberá aplicarse lo prescrito por el artículo 1136 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

332 Texto correspondiente a la tercera edición.

Supuestos de pérdida de un bien cierto

Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:

1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.

2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

3.- Por quedar fuera del comercio.

1. Fuentes nacionales del artículo 1137

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

El primer cuerpo legislativo peruano que regula el tema es el Proyecto de Código Civil de 1890, a través de su artículo 3044: «Si una cosa corporal se destruye, sale del comercio humano, o desaparece sin que se sepa si existe, o dónde se halla, se extingue la obligación relativa a esa cosa, salvo lo dispuesto en este título.— En el caso de que cualquiera de los tres hechos anteriores se realice sólo en parte de la cosa, subsiste la obligación respecto de lo que de ella haya quedado».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; ni el Código Civil de 1936 regulaban el tema.

Sí lo hizo, en cambio, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, en su artículo 11: «La pérdida de la cosa pueda verificarse: 1. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; 2. Desapareciendo de modo que no se tenga noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar»; así como el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 8: «La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por su daño parcial.— 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella, o aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar.— 3. Por quedar fuera del comercio».

Por último, hicieron lo propio el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1150: «La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

perecer o ser inútil para el acreedor por su daño parcial; 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella, o aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar; 3. Por quedar fuera del comercio»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1105: «La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial; 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella o, aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar; 3. Por quedar fuera del comercio».

2. Análisis

El artículo 1137 del Código Civil peruano de 1984 recoge varios supuestos según los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto a cuya entrega se ha obligado el deudor con su acreedor. Se entiende que la pérdida origina diversas consecuencias, tal como lo veremos más adelante al estudiar lo previsto por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo.

La pérdida, tal cual se encuentra regulada en el artículo 1137, supone la existencia de una obligación de dar un bien cierto. Como hemos advertido oportunamente, todo bien cierto es por definición específico, determinado y, por consiguiente, único.

Un bien cierto, entonces, puede calificarse como insustituible, lo que, como indica la lógica, implica que su pérdida conllevaría necesariamente la imposibilidad de cumplir con la prestación, por lo que la obligación se extinguiría.

Resulta importante destacar que los supuestos del artículo bajo análisis únicamente nos interesan a efectos de la teoría del riesgo, esto es, si se configuran en el transcurso de tiempo comprendido entre el nacimiento de la obligación y la entrega del bien o, lo que es lo mismo, entre el momento en que nace la obligación y el momento en que efectivamente es cumplida.

Como resulta evidente, si el bien se perdiera antes de que las partes pactaran la obligación, ésta no tendría validez. Todo acto jurídico en el que se estipule la obligación de dar un bien cierto que se perdió antes de la celebración de aquel acto, es siempre nulo en tanto su objeto sería físicamente imposible.

Por otro lado, y junto a Barchi[333], también recordamos que la imposibilidad de la prestación, de acuerdo con el momento de su ocurrencia, da lugar a la imposibilidad originaria y a la imposibilidad sobreviniente. La imposibilidad originaria se da cuando la prestación es imposible al momento de constituirse (o, mejor dicho, de pretender constituirse) la relación obligatoria. La imposibilidad es sobreviniente cuando la prestación es posible al momento de constituirse la relación obligatoria, pero se torna imposible antes de su ejecución.

333 Barchi Velaochaga, Luciano. «Pérdida del bien». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 41.

Asimismo, no está de más recordar que en virtud de lo establecido por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil peruano, el acto jurídico es nulo cuando el objeto es física o jurídicamente imposible, o cuando éste es indeterminable.

Teniendo claros estos conceptos, corresponde analizar cada uno de los supuestos de pérdida regulados por el artículo 1137 del Código Civil.

2.1. Perecimiento del bien o daño parcial que lo hace inútil para el acreedor

El primer caso previsto por el inciso primero del artículo 1137 es aquél en el cual el bien perece o sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor.

El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. Si se trata de un animal o de un ser vivo de otro género (como, por ejemplo, un vegetal), su perecimiento coincidirá con su muerte física. En los casos de seres vivos, se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento.

Sin embargo, ese concepto no es tan claro en el caso de los bienes que no tienen la condición de seres vivos. Un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. Nadie dudará de que un automóvil perecería en estas circunstancias. Su perecimiento equivaldrá, entonces, a su destrucción total, situación que se produciría, por ejemplo, en el supuesto de que el vehículo se incendie totalmente.

Como expresa Eduardo B. Busso[334], la pérdida supone la destrucción total de la cosa, por oposición a los supuestos de destrucción parcial o de deterioro; no siendo posible establecer reglas fijas sobre el exacto alcance de cada uno de estos conceptos, por cuanto la solución varía según las circunstancias de cada caso.

Añade Busso que la pérdida total —entendida estrictamente— supone la destrucción integral de la cosa, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como del cualitativo; el aniquilamiento de su materia y de las aptitudes que le daban utilidad. Es a partir de tal base que cabría distinguir esa pérdida total de la pérdida parcial —que no alcanza a la totalidad de la cosa— y del deterioro —que no consume su íntegra utilidad—.

En adición a los conceptos enunciados, el mencionado tratadista argentino sostiene que jurídicamente el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez, debiéndose sujetar a la función del contrato y a la finalidad de las partes, adecuándose la pérdida de la cosa a aquella utilidad que los contratantes hayan tenido en cuenta cuando pactaron la obligación que se refería a su entrega.

Precisa señalarse que, para efectos prácticos, en el Derecho peruano puede no tener mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial, ya que el daño parcial del bien que lo hace inútil para el acreedor, también constituye un supuesto de pérdida.

334 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 93 y 94.

EDUARDO GARCIA-RIPKE

Éste sería el caso en que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien, sino sólo su deterioro. Es decir, aunque el bien no se destruya totalmente, sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor.

Podría entenderse como un ejemplo de esta situación, el que un automóvil sufra un accidente a consecuencia del cual se destruya toda la parte delantera, inutilizándose el motor y otras piezas fundamentales del vehículo. En este caso sería posible sostener que no ha habido una destrucción total y que, por lo tanto, el bien no habría perecido, pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo es de tal magnitud que lo haría inútil para el acreedor. Esta hipótesis también está prevista, como equivalente a pérdida, por el mismo inciso primero del artículo 1137 del Código Civil.

Dentro de esta línea de pensamiento se ha pronunciado la jurisprudencia peruana[335], cuando sostiene que «En las obligaciones de dar bienes ciertos la imposibilidad de ejecutar la obligación debida resulta por algún suceso jurídico o por la naturaleza de las cosas. En el primer caso la imposibilidad es consecuencia de una prohibición legal, y en el segundo el bien materia de la relación obligacional ha dejado de existir o se ha perdido para las partes antes de su entrega».

Para concluir con el análisis de este primer supuesto, agregamos que lo señalado tiene directa relación con el tema referido al interés del acreedor y a la utilidad que posea para él la prestación debida. Así, sostienen Zatti y Colussi[336] que en la relación obligatoria el deber de prestación se impone al deudor en atención a un interés del acreedor que la prestación debe realizar. Esta relación funcional, que de por sí existe en todo deber entre particulares, es enunciada aquí como una característica propiamente dicha de la prestación. El contenido mismo de la prestación puede precisarse bien sólo si se tiene en cuenta la función indicada, es decir, el interés que la prestación está dirigida a satisfacer.

2.2. Desaparición del bien

El inciso segundo del artículo 1137 señala los casos en que el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él, o aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer dos supuestos claramente distintos.

El primero está constituido por la desaparición del bien, sin que se tenga noticias de él. Vamos a consignar un ejemplo a nuestro juicio ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa usada, de su propiedad, y precisamente en la playa, jugando con esa pelota antes de su entrega, ésta se introduce en el mar y la arrastra sin posibilidad de recuperación hasta perderse

335 Casación n.° 280-2000. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 24, septiembre 2000, p. 309.

336 Zatti, Paolo y Vittorio Colussi. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padua: Cedam, 1999, pp. 296 y 297.

en el horizonte, se habría configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido, sin que se tenga conocimiento de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas la pueden hacer llegar a cualquier parte.

Busso[337] precisa que, en general, debe considerarse perdida la cosa por parte del deudor cuando por cualquier circunstancia se halle sustraída a sus poderes, en forma que pueda estimarse definitiva. Y continúa señalando que en la pérdida-destrucción, interesa la extensión material del efecto sobre la substancia de la cosa: pérdida total, pérdida parcial, etcétera. En la pérdida-extravío (y, en general, en la pérdida-imposibilidad) lo que interesa es la prolongación del efecto en el tiempo. Según Busso, la calificación de «pérdida total» es reemplazada por la de «pérdida definitiva», asimilando las pérdidas temporarias, en cierta forma, a los deterioros.

Agrega el citado autor que mientras la privación no sea definitiva, la obligación no debe considerarse extinguida, pues se crea simplemente un compás de espera. Señala que esta suspensión sólo será admisible en la medida en que no conspire contra el logro de los fines del contrato, según la intención con que las partes lo hayan celebrado. Y añade que, en general, el retardo en la ejecución importa disminuir la utilidad de la prestación, existiendo en tal forma un paralelismo entre el riesgo de pérdida de la cosa (destrucción de su materia) —en estricto, debería hablarse de pérdida de la contraprestación, si la hubiere— y el riesgo de ejecución tardía, que importa una inejecución parcial y puede justificar una liberación correlativa del acreedor, en la medida en que aquel retardo haya modificado el valor de la prestación.

Busso también plantea otro tema digno de atención. En los casos de pérdida por extravío que venimos estudiando, se pregunta: ¿qué pasaría si la cosa perdida reaparece? Los autores franceses enseñan que en este supuesto la obligación renacería. Sin embargo, esta solución, en principio acertada, requiere para su aplicación práctica en el Derecho peruano de algunas precisiones. En efecto, si ésa fuese la hipótesis, no podríamos sostener similar solución, puesto que en los términos del artículo 1137 el bien se habría perdido, y si las partes ya hubiesen comprobado dicha pérdida, debería entenderse que la obligación se había extinguido, y para renacer se requeriría que las partes la crearan nuevamente a través de un nuevo contrato, si se tratase de esta fuente de las obligaciones. Lo contrario equivaldría a condenar a las relaciones jurídicas, en estos casos, a una inestabilidad sumamente peligrosa.

Por otro lado, Barchi[338] entiende que «[…] éste es un supuesto de imposibilidad económica y no física. En efecto, podría darse el caso en que el bien ha desaparecido pero que se tiene noticias de él; sin embargo, su rescate es más costoso que lo que representa para el deudor cumplir con su obligación; así, el

337 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 94 y 95.

338 Barchi Velaochaga, Luciano. «Pérdida del bien». *Op. cit.*, p. 42.

Derecho no le exige al deudor un sacrificio extremo, dando por perdido el bien». Consideramos, sin embargo, que estos conceptos son más adecuados en lo que respecta a la situación *en la que el bien deviene en no recuperable*[339], tema que tratamos seguidamente.

Por su parte, la jurisprudencia nacional ha señalado que «No se produce la pérdida de un bien si es que el accionante denuncia a una persona determinada por su sustracción, dado que el bien es susceptible de ser recobrado»[340].

En una fórmula similar, la Casación n.° 296-95-Ayacucho, de fecha 18 de julio de 1996, también ha determinado que tampoco podría señalarse que el bien se encuentra perdido si los demandados responden que puede ser recobrado, «*Quinto.* No parece estar acreditado que el bien, cuya entrega se demanda, no se puede recobrar, por el contrario del referido escrito de casación consta que los demandados afirman que pueden recobrar el bien».[341]

Por nuestra parte, no coincidimos con este parecer; ello, en la medida en que, si el bien no se ha podido recuperar al momento en que debía ser entregado, deberá entenderse aplicable este supuesto de pérdida del bien. Lo contrario implicaría tener que esperar, tal vez eternamente, que el bien se recupere (o no) en el futuro[342].

Para concluir con este supuesto, no está de más señalar que el acto de cumplimiento está ligado, necesariamente, con la inexistencia o invalidez que incide en los efectos finales de la relación obligatoria[343].

2.3. Irrecuperabilidad del bien

Un ejemplo del segundo supuesto del inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil peruano puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese obligado con otro —compañero de aventuras— a entregarle su reloj, resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, y utilizando unos largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, por lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

Creemos que también ilustraría este supuesto —con prescindencia de que podría ser inútil para el acreedor— la obligación de dar un barco que luego se

339 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

340 Casación n.° 296-95-Lima.

341 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 876.

342 Texto correspondiente a la tercera edición.

343 Para mayor abundamiento sobre este punto ver Gazzoni, Francesco. *Op. cit.*, p. 211.

ha hundido —pero permanece casi intacto—, o el de una nave antes de haber sido capturada por el enemigo —como sería el caso de nuestro Monitor Huáscar—. Si bien es cierto que ninguna de las dos hipótesis anotadas constituye una imposibilidad absoluta, la primera pasaría por realizar una inversión descomunal, en tanto que la segunda podría significar, además, una guerra externa, lo que a todas luces haría desproporcionados los medios para lograr el objetivo deseado.

Cabe aclarar que la pérdida del bien no tiene como premisa aspectos personales del deudor, sino motivos que objetivamente determinen que resulte gravosa en exceso la recuperación del bien.

Así, el solo hecho de que acontecimientos extraordinarios o imprevisibles vinculados a la persona del deudor y no a la prestación hagan la ejecución más gravosa, no conlleva la extinción de la obligación ni, por tanto, la liberación del deudor. Pretender que se admitan los motivos personales como causal de pérdida del bien sería injusto por alterar el principio de la incidencia del riesgo. El acreedor no tiene por qué cargar con el efecto de aquellos acontecimientos que, reiteramos, obedezcan a razones personales del deudor.

En ese orden de ideas, la falta de medios económicos nunca se ha tenido como suceso inevitable que exonere al deudor del cumplimiento de sus obligaciones. Es irrelevante al sistema jurídico todo cambio subjetivo de la parte o toda modificación de su capacidad económica, social o cultural que le impida recuperar el bien.

Conceder relieve a la dificultad significaría debilitar la fuerza de los vínculos jurídicos: el deudor tendría la facultad de liberarse de cualquier obligación cuyo cumplimiento exigiera un esfuerzo mayor que el previsto.

Por lo expuesto, podemos concluir en que la alteración de la equivalencia de las prestaciones no podría considerarse sino cuando ella afectara al equilibrio objetivo y económico de la relación, siendo indiferente la magnitud del sacrificio del deudor.

2.4. Que el bien quede fuera del comercio

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil peruano establece que se considerará que un bien se ha perdido cuando quede fuera del comercio.

Antes de analizar los alcances de este inciso, debemos recordar que consideramos como «bien» todo aquello que es susceptible de apropiación por el hombre, de valoración económica, con individualidad propia reconocida por el Derecho, comprendiendo tanto a los objetos corporales como a los incorporales.

En segundo lugar, debemos definir qué entendemos por el término «comercio». Para ello citaremos la opinión de Marcel Planiol —la cual compartimos en

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA SERVAT

términos generales— a propósito de sus comentarios al artículo 1128 del Código Napoleón[344].

Así, sólo las cosas que están dentro del comercio pueden ser objeto de las convenciones. La expresión «dentro del comercio» no hace alusión a aquello que se llama «el comercio» en el lenguaje jurídico moderno: el comercio que constituye el objeto del derecho comercial, es la especulación sobre los muebles de toda naturaleza, materias primas y productos fabricados, que los comerciantes compran en la esperanza de revenderlos a un precio mayor de aquél que han pagado por ellos. En el artículo 1128 este término tiene un sentido diferente, más amplio y vecino al latín *commercium*, ya que designa la posibilidad para una cosa de servir de objeto a un acto jurídico. De tal suerte que cuando la ley nos dice que las cosas que están en el comercio son las únicas que pueden constituir el objeto de las convenciones, esto no nos aporta algo, ya que, si ellas están dentro del comercio, es justamente porque pueden servir de materia a los contratos.

Exista o no expresamente establecida la clasificación de los bienes en aquellos que están dentro del comercio y aquellos que no lo están en la legislación civil de un país, no hemos podido identificar una definición precisa de en qué consiste precisamente esa condición que dividiría a unos y otros.

El Código Civil peruano de 1984 no contempla esta clasificación de los bienes. La que contiene, en sus artículos 885 y 886, es aquélla que los divide en muebles e inmuebles.

En ese sentido, es necesario señalar que en lo que respecta a los bienes que se encuentran fuera del comercio, la doctrina ha realizado un análisis más detallado y sistemático.

En primer lugar, la doctrina indica que se considerarán bienes fuera del comercio de los hombres aquéllos que revistan ciertos caracteres. En ese sentido, tenemos a los bienes que son de utilidad pública, dentro de los que se mencionan, por lo general, a los bienes públicos. Ésta es la posición, entre otros, de Planiol[345], Baudry-Lacantinerie[346], Demante y Colmet de Santerre[347], Demolombe[348], Colin y Capitant[349], y Josserand[350].

A continuación, la doctrina sostiene que otro motivo para situar a un bien fuera del comercio de los hombres es el mandato de la ley.

344 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Op. cit.*, p. 417.
345 *Ibidem*, p. 420.
346 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civil. Op. cit.*, p. 45.
347 Demante, Antoine Marie y Edouard Colmet de Santerre. *Op. cit.*, tomo v, p. 51.
348 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, p. 302.
349 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo ii, p. 294.
350 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo ii, volumen i, p. 88.

Así, para que un bien pueda ser objeto de una obligación de dar, resulta imprescindible que «su enajenación no esté prohibida por ley». Esta condición se refiere expresamente a que el bien materia de la prestación tenga una situación jurídica compatible con la del acto del cual va a formar parte. Vale decir, que no exista nada que prohíba o impida que el deudor se obligue a entregarlo.

Lo expuesto nos permite afirmar que los bienes que se encuentran fuera del comercio, lo están en razón de alguna norma legal que así lo prescribe. Esos mismos argumentos los podríamos aplicar respecto de los bienes comercializables y los no susceptibles de comercialización.

Ahora bien, como decía G. Baudry-Lacantinerie[351] en su *Tratado de Derecho Civil*, la regla general es que una cosa puede ser *vendida*; la excepción, que ella no puede serlo; por lo que para que la venta de una cosa sea posible no es necesario que un texto de ley la permita, basta que ninguna ley la prohíba.

A partir de esta idea, podemos entender como bienes dentro del comercio a aquellos sobre cuya comercialización no recae ninguna restricción legal.

Conviene advertir, como resulta evidente, que el supuesto regido por el artículo 1137 del Código Civil peruano parte de la premisa de que al momento de celebrar la obligación la comercialización del bien no estaba prohibida, pues de lo contrario no podría haberse celebrado una obligación válida. En ese orden de ideas, es claro que la hipótesis regulada es aplicable a aquellos casos en los que el bien pierde su condición de comerciable después de que nació la obligación y antes de que se realizara la entrega.

Al respecto, cabe equiparar el supuesto en que la cosa es puesta fuera del comercio, con el caso de la destrucción total. En este caso, como advierte Eduardo B. Busso[352], la solución es lógica, en tanto que al sustraerse la cosa al poder de disposición del deudor que ha de entregarla, se configura para él la situación de imposibilidad de cumplimiento. *Pero debemos precisar que, si el bien se destruye, nos encontraremos dentro del primero de los supuestos del inciso 1 del artículo 1137 y no en el inciso 3*[353].

Para entender mejor los alcances del inciso 3, vamos a ilustrarlo a través de dos ejemplos[354].

Supongamos que el bien cierto que se tenía que entregar consistía en una tonelada de cigarrillos de la marca «X». Al momento de celebrar la obligación, los cigarrillos eran susceptibles de comercializarse. El plazo del deudor para realizar la entrega era de 10 días. Faltando dos días para el vencimiento de dicho

351 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civile. Op. cit.*, tomo IV, p. 265.

352 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 94.

353 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

354 *Idem.*

plazo, el Gobierno nacional, a través de un decreto supremo, prohíbe la venta y comercialización de cigarrillos, bajo cualquier modalidad, dentro del territorio de la República.

Como es claro, a partir de la entrada en vigencia de aquel decreto supremo los cigarrillos habrían quedado fuera del comercio, razón por la cual se entendería que dicho bien se ha perdido.

En segundo lugar, supongamos que «D» contrató con «A» y se obligó a entregarle un automóvil determinado (bien cierto) de dos años de antigüedad, que debía importar de Japón.

El auto es enviado por barco desde Japón, y cuando éste ya se encontraba en pleno Océano Pacífico, a dos días de su llegada, es publicada una norma legal en el diario oficial *El Peruano* en la que se establece que la importación de vehículos usados queda prohibida, sin que interese el año de su fabricación.

Si ese fuese el caso, al igual que en el ejemplo anterior, la obligación se extinguiría porque el bien habría salido del comercio y, en consecuencia, «D» ya no podría entregar el auto que estaba importando y que es usado, lo que impide que pueda cumplir con su obligación.

Hemos utilizado estos dos ejemplos sin ingresar al análisis del artículo 62 de la Constitución Política del Perú que dispone: «Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase»; *precepto, por lo demás, de notoria relatividad*[355].

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil peruano, debemos señalar que *algunos autores consideran también comprendido en este caso al supuesto en el cual un bien es expropiado*[356].

Este parecer es compartido por Busso[357], quien señala que un antiguo fallo de la Cámara Civil argentina aplicó el criterio expuesto en un caso donde se demandaba la escrituración de un terreno que antes de ser entregado había sido expropiado e incorporado a la vía pública. Agrega el mencionado tratadista que para que la expropiación configure, con relación al deudor, imposibilidad de cumplimiento, es menester que el expropiante haya iniciado el procedimiento de ocupación, pues no bastaría la simple declaración de «utilidad pública», ya que esta última no impediría al deudor la entrega de una cosa. Busso considera, adicionalmente, que, si por consecuencia de la expropiación el deudor obtiene una indemnización o un derecho a ser indemnizado, el acreedor puede exigir que se le entregue aquella indemnización o se le ceda ese derecho. Señala, además, que en general surge la imposibilidad legal cuando la prestación prometida viene a

355 *Idem.*

356 *Idem.*

357 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 94.

ser prohibida por disposición imperativa posterior a la formación de la obligación, siendo impropio en tales casos hablar de nulidad, ya que se trata de una extinción por ilicitud sobreviniente.

Por nuestra parte, creemos que un bien en proceso de expropiación no ha salido del comercio, pues su propietario podría venderlo y el nuevo propietario, naturalmente, será sujeto pasivo de la expropiación. En cambio, si el bien ya hubiese sido expropiado, ya habría salido del comercio.

En síntesis, como señalan Beltrán Pacheco y Torres Maldonado, esta modalidad no se trata de una pérdida por imposibilidad física, sino de naturaleza jurídica, esto es, por haber salido del tráfico comercial y, como efecto de ello, no puede ser más objeto de la relación obligatoria. En este supuesto, por ejemplo, el hecho más común es que el bien inmueble determinado haya sido expropiado por el Estado para fines de interés público. Es decir, en un inicio pertenecía a un patrimonio privado, pero en función a un hecho posterior, éste se deriva a uno de carácter público, conllevando el perecimiento de la relación obligatoria[358].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

358 Beltrán Pacheco, Jorge Alberto y Marco Andrei Torres Maldonado. «La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria». En AA. VV. *Los contratos: consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 227.

Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto

Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1.- Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación 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.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2.- Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

4.- Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. Fuentes nacionales del artículo 1138

Dentro de la legislación colonial, el antecedente de esta norma estuvo constituido por las *Partidas*, Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: «*Es tenudo de pechar la cosa, aquel que por su culpa acaeciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa*».

En las mismas *Partidas*, se encontraban la Ley 9, Título XIV, Partida Quinta: «*Mas si se perdiesse, o se muriesse por su culpa, o por el engaño que el debdor fiziesse, estonce tenudo sería de pechar la estimación della*»; *y la regla 29, Título XXXIV, Partida Séptima:* «*Según derecho natural aquel deue sentir el embargo de la cosa, que ha el pro della*».

El tema no registró antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836. En cambio, todos los códigos y proyectos de código que le sucedieron en nuestro país sí lo hicieron.

Para empezar, tenemos al Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, que abordó el tema en sus artículos 898 y 899. El artículo 898 establecía que: «Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega»; y el artículo 899: «Cuando la cosa ha perecido o salido del comercio de los hombres o se ha perdido sin culpa del deudor, si éste tiene algunos derechos o acciones de indemnización con relación a la cosa, está obligado a cederlos a su acreedor».

Posteriormente, la materia fue tratada por el Código Civil de 1852 en su artículo 2277: «El deudor que se liberte de responsabilidad por destrucción o pérdida de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella». Lo propio hizo el Proyecto de Código Civil de 1890, que abordaba el tema en una serie de normas que mencionamos a continuación: artículo 1484: «La cosa produce, recibe incremento, se deteriora o perece para el que tiene que recibirla, menos en los casos siguientes: 1. Si perece, o se deteriora por dolo o culpa del que tiene obligación de entregarla; 2. Si se ha pactado que el peligro es de cuenta del que debe darla; 3. Si la cosa pertenece a la clase de las que se acostumbra medir, pesar, gustar o probar, antes de recibirlas; y 4. Si el deudor incurre en mora»; artículo 1491: «Si se pierde o deteriora sólo en parte, y sin culpa del deudor la cantidad, objeto de la obligación; el acreedor tiene derecho para exigir, a su elección, o que se le entregue la cantidad restante no deteriorada, con disminución proporcional del precio, si ya estuviese fijado, o que se rescinda la obligación»; artículo 1492: «Si la pérdida o deterioro parcial de la cantidad debida

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

ocurren por culpa del deudor, el acreedor tiene derecho para exigir a su elección, o que se le entreguen la cantidad restante y no deteriorada, y la que falte, o esté deteriorada, o que se rescinda la obligación, con abono de perjuicios en uno y otro caso»; artículo 3050: «Si la cosa debida se destruye por hecho voluntario del deudor, que ignoraba su obligación, éste no responde sino del precio»; artículo 3051: «De la destrucción de la cosa, ocurrida en poder del deudor después de haberla ofrecido al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no es responsable aquél, sino cuando ha procedido con dolo o culpa lata.— En la culpa del deudor está comprendida la de las personas por quienes él tiene obligación de responder»; artículo 3052: «El deudor que queda libre de toda responsabilidad por la destrucción, o pérdida de la cosa debida, está obligado a ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hayan quedado relativos a ella»; y artículo 3053: «Si reaparece la cosa perdida, o cuya existencia se ignoraba, puede reclamarla al acreedor, restituyendo lo que haya recibido por precio de ella».

Luego, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató sobre el particular en sus artículos 127, 128 y 129. El artículo 127 establecía que: «Si la cosa mueble cierta se perdiera sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes»; el artículo 128: «Si la cosa mueble se pierde por culpa del deudor, éste será responsable al acreedor por su equivalencia y por los daños y perjuicios»; el artículo 129: «Si la cosa mueble se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se halla, con disminución proporcional del precio si lo hubiere».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, siguiendo la misma tónica impuesta por el Anteproyecto de Olaechea, reguló el tema en las cuatro normas que mencionamos a continuación: artículo 118: «Si la cosa mueble cierta se perdiera sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes»; artículo 119: «Si la cosa mueble se pierde por culpa del deudor éste será responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios»; artículo 120: «Si la cosa mueble se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere»; y artículo 306: «El deudor que se libere de responsabilidad por pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, abordó la materia en sus artículos 1165, 1166, 1167 y 1316, del texto siguiente: artículo 1165: «Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación»; artículo 1166: «Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor, será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios»;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

artículo 1167: «Si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese»; y artículo 1316: «El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella».

El Código Civil de 1936 abordó el tema en sus artículos 1175, 1176, 1177, 1172 y 1327; artículo 1175: «Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación»; artículo 1176: «Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios»; artículo 1177: «Si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese»; artículo 1172: «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario»; y artículo 1327: «El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella».

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, trató sobre el particular en sus artículos 7: «En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierda o deteriore en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: 1. Si la pérdida fuera por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios; 2. Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios; 3. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación; 4. Si se deteriorare por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle; 5. Si la cosa se perdiere por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido»; y 10: «El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le hubiesen quedado relativos a ella».

Pero fue el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, el que dio al artículo 1138 del Código Civil, su configuración actual, cuando establecía —en su artículo 9— lo siguiente:

> En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se perdiese por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida,

el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en estos montos.— 2.- Si la cosa se deteriorara por culpa del deudor, el acreedor podrá optar por lo prescrito en el inciso 1) o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en ese caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1).— Si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá ejercitar la segunda solución prevista.— 3. Si la cosa se perdiese por culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación.— 4. Si la cosa se deteriorara por culpa del acreedor, éste tendrá la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.— 5. Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán la pérdida de la cosa.— En las hipótesis previstas en el párrafo anterior, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa— Si la cosa se deteriora sin culpa, el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán las consecuencias del deterioro. En los casos previstos, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que pudiera haber originado el deterioro de la cosa.

Posteriormente, el tema fue abordado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1151, que establecía lo siguiente:

En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se perdiese por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de la indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos; 2. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor podrá optar por lo prescrito en el inciso 1) o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1).— Si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá ejercitar la segunda solución prevista; 3. Si la cosa se perdiese por culpa del acreedor, el deudor tendrá

el derecho a la contraprestación, si la hubiere, pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación; 4. Si la cosa se deteriorara por culpa del acreedor, éste tendrá la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere; 5. Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el deudor pierde el derecho a la contraprestación.— En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa; 6. Si la cosa se deteriorara sin culpa, el deudor sufrirá las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional en la contraprestación.— En el caso previsto, corresponderán al deudor los derechos y acciones que pudiera haber originado el deterioro de la cosa.

Para finalizar este rubro, debemos mencionar que el tema también fue tratado por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1106, que tenía la siguiente redacción:

En las obligaciones de dar cosas ciertas se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, su obligación 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.— Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero.— En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.— 2. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.— 3. Si la cosa se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.— 4. Si la cosa se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.— 5. Si la cosa se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa.— 6. Si la cosa se deteriora sin

EDUARDO A. ZANNONI

culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional en la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro de la cosa.

2. Análisis

Al analizar el artículo 1137 adelantamos que la consecuencia inmediata que se origina ante la configuración de un supuesto de pérdida del bien, consiste en la extinción de la obligación. Lo anterior se justifica, como es lógico, en el hecho de que no puede seguir existiendo una obligación cuya prestación es imposible de ejecutar. El deudor nunca podrá entregar un bien que se ha perdido.

De esta forma, por cuanto el bien que se ha perdido es cierto —esto es, único e insustituible—, no habría manera de que el deudor se libere de esa obligación con la entrega de un bien parecido. El deudor se habría liberado de la obligación de entregar ese bien en el momento en que éste se perdió.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que si esa fuera la única consecuencia jurídica que se generara por la pérdida de un bien cierto, el acreedor siempre sería quien asumiría los perjuicios de la pérdida, hecho que, a todas luces, resultaría injusto e ineficiente.

Esa constatación ha determinado que en el artículo 1138 del Código Civil de 1984 se prevea una serie de reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional es la que debe sufrir o correr con el riesgo de pérdida de la contraprestación, ante la imposibilidad de ejecución de la propia prestación o su deterioro. No está de más reiterar que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que ocurre con las otras normas de obligaciones de dar (en este caso, bienes ciertos), corresponde a la generalidad de éstas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

Por otro lado, resulta importante señalar que el concepto de riesgo se encuentra íntimamente vinculado al de pérdida del bien o, dicho en otras palabras, a la noción de pérdida que regula el artículo 1137 ya analizado.

Así, citando a Giorgio Giorgi[359], podemos decir que

> Se llaman riesgos y peligros en el lenguaje jurídico moderno todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. No lo son las variaciones de valor dependientes de causas económicas o políticas, y aquellos vicios o defectos que el deudor esté, por la índole del contrato o por pacto especial, obligado a garantizar. Y como el género y la cantidad no perecen,

359 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, p. 242.

> apenas se necesita advertir que cuando la cosa, o para hablar más generalmente, la prestación debida, no sea un cuerpo cierto y determinado, o por lo menos, un género y una cantidad limitados de tal modo que equivalgan al cuerpo cierto y determinado, no ha lugar a hablar de riesgos y peligros.

Ahora bien, antes de iniciar nuestro análisis de cada una de las reglas, consideramos conveniente reiterar que la teoría del riesgo adquiere relevancia únicamente cuando nos encontramos ante obligaciones de dar en las cuales la ejecución de la prestación no se realiza inmediata e instantáneamente, como podría ser el caso, por citar un ejemplo, en que se compre un libro y el intercambio de dinero por el libro se efectúe inmediatamente después de celebrado el contrato. Resulta evidente que en este caso carecería de sentido hablar de los riesgos en la ejecución de las prestaciones, ya que ambas se habrían ejecutado de manera inmediata e instantánea.

Esta teoría adquiere relevancia cuando para la ejecución de la prestación deba mediar un lapso —apreciable en el tiempo— desde el momento en que se celebró el contrato o, en general, desde el momento en que tuvo nacimiento la obligación, hasta el momento en que ésta deba ejecutarse. Resulta claro que, en este caso, en el intervalo podría ocurrir una pérdida o un deterioro del bien objeto de la prestación. En ese sentido, estamos de acuerdo con lo señalado por Jorge Eugenio Castañeda[360] cuando explica que la teoría del riesgo aparece en el momento en que pueda haberse perdido, o sufrido deterioros que disminuyan su valor, la cosa debida, en el intervalo transcurrido desde que la obligación es contraída hasta que ella deba ser cumplida, o sea, hasta que la cosa deba ser entregada[361].

360 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, p. 113.

361 De la Puente y Lavalle hace una muy lúcida exposición acerca del tema de la transferencia del riesgo en el Código Civil peruano, cuando sostiene que:
«En los contratos que se refieren a la obligación de transferir la propiedad de esa cosa cierta es necesario distinguir tres clases de riesgos: el "riesgo de la cosa" es un concepto vinculado exclusivamente al campo de los derechos reales, pues se refiere a la relación existente entre el propietario y la cosa. Supone, únicamente, que el propietario de una cosa queda disminuido en su patrimonio por la pérdida de la cosa.
Si la cosa se pierde por cualquier causa, será necesario aplicar el principio *res perit domino*, según el cual la cosa se pierde para su dueño. En efecto, la consecuencia jurídica de la pérdida de una cosa que tiene dueño es simplemente que éste deja de ser propietario de algo que antes le pertenecía, por lo cual el perjuicio de la pérdida lo sufre el dueño.
El "riesgo de prestación" se refiere a determinar qué es lo que ocurre cuando una prestación se convierte en imposible por causa no imputable al deudor. Como se ha visto, el Código Civil peruano de 1984 resuelve este problema estableciendo que, en tal caso, se extingue la obligación del deudor. Esto es así tanto en las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral como en las provenientes de contratos.
El concepto que realmente interesa para los efectos de la teoría del riesgo es el del "riesgo de la contraprestación", que consiste en establecer si el deudor pierde o no el derecho a la contraprestación cuando la prestación a su cargo se convierte en imposible» (De la Puente y Lavalle, Manuel. «La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984». En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, volumen I, pp. 180 y ss.).

2.1. El principio *res perit domino*

En líneas generales, el artículo 1138 del Código Civil trata sobre la teoría del riesgo, destinada a verificar cuál de las dos partes en la relación jurídica (el acreedor o el deudor) es la que tiene que sufrir el riesgo por la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios.

Por otro lado, como señala Zusman Tinman[362], cabe precisar que en un contrato sinalagmático —de prestaciones recíprocas en el Código Civil peruano de 1984—, extinguida una de las obligaciones a cargo de una de las partes debe verse qué ocurre con la obligación todavía posible de ejecutarse, la que ofrece como contrapartida la obligación extinguida; lo que equivale a analizar si seguirá vigente, por ser aún posible, o si desaparecerá en virtud de la correlatividad de las obligaciones nacidas en un contrato sinalagmático. De esta forma, según precisa Zusman, la cuestión de los riesgos, entonces, no se plantea en un contrato unilateral, pues en estos casos existe una única y posible solución, esto es la extinción de la obligación. Así las cosas —señala la mencionada profesora—, el problema se torna complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral, en donde, se sabe, la obligación del deudor queda extinguida, preocupándonos tan sólo el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia.

Creemos, tal como reseña De la Puente, que debe descartarse en esta materia la aplicación del principio *res perit domino*, vale decir, que la cosa se pierde para su dueño, ya que éste es propio de los Derechos Reales y no del Derecho de Obligaciones. La confusión de ideas sobre esta materia tuvo su origen con la elaboración del Código Civil francés.

Por su parte, Laurent[363] recuerda que Bigot-Préameneu, uno de los redactores del Código Napoleón, deduce el principio de los riesgos del adagio según el cual la cosa perece para su propietario, después de haber dicho que el acreedor se convierte en propietario por el simple consentimiento de los contratantes, sin tradición alguna. Agrega que, entonces, si la cosa perece por fuerza mayor o por caso fortuito desde el momento en que debió ser entregada, la pérdida es para el acreedor, según la norma *res perit domino*. Laurent también nombra a Jaubert, el informante del Tribunal, quien se expresa en el mismo sentido: «La obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario desde el momento en que el consentimiento hizo el contrato: de donde resulta que la cosa pereció para él»; y a Larombière, para quien el principio de los riesgos deriva de la norma *res perit domino*.

Por otra parte, creemos, en el mismo sentido en el que se expresa Laurent, que decir que la cosa perece para su propietario, cuando no corresponde al objeto

362 Zusman Tinman, Shoschana. «La teoría del riesgo». En *Derecho PUCP*, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 34. Lima, 1980, pp. 81 y ss.

363 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvii, pp. 267-272.

de ningún contrato, es evidente. La propiedad es un derecho real y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa en la que se ejerce. Esto no se da del mismo modo cuando la cosa que perece es debida por un deudor y estipulada por el acreedor; la pregunta de saber para quién perece depende entonces de la relación que existe entre el acreedor y el deudor. Señala Laurent que el artículo 1138 del Código Napoleón lo comprueba, luego de haber dicho que la cosa está en los riesgos del acreedor, al agregar que está en los riesgos del deudor si éste se atrasa al entregarla; sin embargo, la demora del deudor no impide que el acreedor sea propietario, donde tenemos entonces un caso en que la cosa no perece para su propietario. Si la cosa perece tanto para el deudor o para el acreedor, aunque el acreedor siempre sea propietario de ella, se deduce que la cuestión de los riesgos es independiente de la cuestión de propiedad y que se debe decidir por los principios que rijan a las obligaciones.

Siguiendo a Huc[364], podríamos sostener que la pérdida de la cosa debida es un suceso que tiene la característica de ejercer una influencia natural sobre la situación del deudor de esta cosa. Se trata únicamente de saber si liberará o no al deudor. Ahora bien, esta dificultad no tiene ninguna relación, en absoluto, con la interrogante totalmente diferente de saber cuál de las dos partes debe hacerse cargo por los peligros y riesgos en un contrato. Aun cuando efectivamente se decidiera que se libera al deudor, él permanecería todavía para resolver la interrogante del riesgo, la de saber si esta liberación del deudor conlleva a la liberación recíproca del acreedor.

Este tema no debería ofrecer mayores complicaciones. En tal sentido, Giorgi[365] expresa lo siguiente:

> Preguntar cuál de los contratantes debe soportar los riesgos y peligros significa querer saber quién de ellos debe sufrir los deterioros y la pérdida casuales de la cosa debida o bien la imposibilidad, sobrevenida por causas fortuitas, de ejecutar la prestación convenida. En los contratos unilaterales, el daño de esos deterioros, pérdidas e imposibilidad, consiste para el acreedor en perder el crédito sin poder exigir ninguna compensación; y para el deudor, en quedar obligado al cumplimiento del contrato y prestar los daños y perjuicios. Así, puesto que la pérdida casual de la cosa depositada libra al depositario de restituirla sin sujetarle a ninguna reparación del daño, diremos que el riesgo y peligro se sufre por el depositante. Si, por el contrario, el depositario estuviera obligado a responder de los daños y perjuicios, no obstante lo casual de la pérdida, correría el riesgo a cargo del depositario.

364 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 229.

365 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, pp. 242 y 243.

Agrega Giorgi que, en los contratos sinalagmáticos, la prestación del riesgo atribuida al deudor (*res perit debitori*) significa para él perder la cosa sin poder exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante en favor suyo. Atribuida al acreedor (*res perit creditori*), quiere decir que, no obstante la extinción de su derecho a exigir la cosa a él debida, queda obligado a ejecutar o cumplir la obligación que había asumido para obtenerla. Supóngase —dice Giorgi— la compraventa de un objeto cierto y determinado como, por ejemplo, un cuadro, un mueble de lujo, un caballo, una edificación. Si por casualidad ocurre la destrucción casual de la cosa vendida después de la conclusión del contrato, pero antes de la entrega, la prestación del riesgo y peligro recaerá sobre el comprador cuando éste quede obligado al pago del precio, aunque no pueda pretender nada del vendedor. Por el contrario, si el peligro debe ser sufrido por el vendedor, perderá su derecho al pago del precio.

2.2. Fundamento de la teoría del riesgo

En relación al fundamento de la teoría del riesgo, los Mazeaud[366] señalan que se ha querido justificar la carga del riesgo mediante la idea de causa; pero la causa, aunque es un requisito de la formación de los contratos, es ajena a su cumplimiento.

En tal sentido, en idea que compartimos, los Mazeaud expresan que es más exacto fundar la atribución del riesgo sobre la interdependencia de las obligaciones que nacen de un contrato sinalagmático —en nuestro Código Civil de 1984 hablaríamos de contrato con prestaciones recíprocas—. Sin embargo, ese fundamento no permite explicar por qué no están sometidos a las mismas reglas, en todos los puntos, el incumplimiento culposo o el incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor.

En ese entender se podría encontrar el fundamento de la teoría del riesgo en la voluntad presunta de las partes, al considerar que éstas han convenido tácitamente que, si una de ellas no puede cumplir con su obligación como resultado de caso fortuito o de fuerza mayor, la otra parte quedará liberada.

Para ilustrar esta posición se podría ofrecer como ejemplo el hecho de que cuando alguien adquiere una entrada para el teatro, quiere que, si un caso de fuerza mayor —por ejemplo, la enfermedad de un actor— impide al empresario del espectáculo cumplir con su obligación, se le libere de su obligación de pagar el precio de la localidad, ya que aquél podrá hacer que se le reembolse el precio de su entrada.

En este punto debemos precisar que la teoría del riesgo contemplada por el artículo 1138 del Código Civil, sólo es de aplicación para el supuesto de las

366 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 364.

obligaciones de dar bienes ciertos, ya que, como dice Laurent[367], si la cosa es indeterminada no se puede decir que ésta perece, pues una especie no perece. Por otro lado, se carece de los motivos del principio cuando la cosa sólo está determinada en cuanto a su especie. Como deudor de un cuerpo cierto, el vendedor puede decir que él conservó la cosa con los cuidados de un buen padre de familia. Pero si es deudor de una especie, él no puede decir que conservó la cosa en deuda; no se sabe cuál es esta cosa, sólo se sabrá cuando se le determine, lo que es común durante la tradición; entonces, hasta aquí, la cosa que se propone entregar el deudor debe estar respaldada por él en sus riesgos.

Por otro lado, Rico y Garza[368] sostienen que la teoría del riesgo se ha formulado para definir la situación de acreedor y deudor en una relación jurídica emanada de un contrato oneroso, en la que el objeto de ésta se ha perdido. Así —continúan los citados autores—, existen los siguientes elementos que deben presentarse indispensablemente para que se pueda fundamentar la existencia del riesgo: (i) debe existir una relación jurídica que una o vincule a dos personas y que tenga un objeto; (ii) esta relación jurídica debe emanar de un contrato oneroso; y, (iii) el objeto de la obligación debe haberse perdido.

2.3. Aplicación de las reglas de la teoría del riesgo

Ahora bien, cuando se celebra una obligación de dar un bien cierto y éste se pierde, existen una serie de reglas que serán de aplicación teniendo en cuenta cada caso en particular. A continuación, el análisis de cada norma prevista por el artículo 1138 del Código Civil.

2.3.1. Inciso primero

La primera regla, contenida en el inciso 1 del artículo bajo análisis, aborda el supuesto en el cual el bien se pierde por culpa del deudor.

En este caso la ley considera que:

a. La obligación queda resuelta, deduciéndose esto del hecho de que resultará imposible ya ejecutar la prestación.

b. El acreedor dejará de estar obligado a ejecutar su contraprestación, en el caso de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.

c. El deudor estará sujeto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado al acreedor, de ser el caso.

367 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 270.

368 RICO ÁLVAREZ, Fausto y Patricio GARZA BANDALA. *Teoría general de las Obligaciones*. 2.ª edición. México: Porrúa, 2006, pp. 443 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Un ejemplo del supuesto regulado por el inciso primero del artículo 1138, es aquél en el cual una persona se obliga ante otra a entregarle un automóvil. La noche anterior a su entrega decide dar una vuelta al barrio conduciendo dicho vehículo y, al hacerlo, sufre un accidente causado por él mismo, ya que se produjo al haber cruzado una calle sin observar la luz roja del semáforo. Si como consecuencia de dicho accidente el auto se destruye totalmente (perece) o sufre tales daños que lo hagan inútil para el acreedor (lo que también constituye un supuesto de perecimiento), se habrá producido la pérdida del bien y, por lo tanto, serán de aplicación las consecuencias previstas por el inciso primero de este artículo.

En el caso señalado, el acreedor dejará de estar obligado a pagar la contraprestación que se había comprometido a entregar a cambio del automóvil.

Resulta claro que para el supuesto en el cual el bien se pierda por culpa (concepto dentro del cual se incluye obviamente al dolo) del deudor, la ley ha establecido el principio de que éste sufre la pérdida de la contraprestación y queda sujeto al pago de la indemnización correspondiente[369].

El segundo párrafo del inciso primero del artículo 1138 establece algunos principios destinados a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva, sus derechos. En tal sentido, si el vehículo hubiese estado asegurado y el deudor recibiese por concepto del accidente y del daño ocasionado al vehículo (que en este caso sería un siniestro total) una indemnización, el acreedor podría exigir la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero, reduciéndose la indemnización de daños y perjuicios en los montos correspondientes.

Si suponemos que la cantidad que el acreedor del vehículo se había comprometido a entregar al deudor como precio era de 16,000 dólares americanos, y el acreedor hubiese sufrido daños y perjuicios generados por concepto de la falta de entrega del bien por parte del deudor, por un monto de 5,000 dólares americanos, dicho acreedor tendría la oportunidad de hacerse cobro de esta última suma del monto que la compañía de seguros deba pagar al deudor. En tal sentido, el deudor solamente recibiría por concepto del siniestro la cantidad de 11,000 dólares americanos. Los otros 5,000 dólares americanos corresponderían al acreedor. *Cabe aclarar que el anterior ejemplo parte del valor entendido de que el monto por el cual el deudor aseguró el vehículo es precisamente 16,000 dólares americanos*[370].

Dicho segundo párrafo del inciso primero también podría referirse al caso en que exista concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, lo que significa que el acreedor podría exigir directamente la indemnización al tercero que contribuyó a causar el daño.

369 Sobre este particular ver Abeliuk Manasevch, René. *Las Obligaciones*. 4.ª edición. Santiago de Chile: Temis, 1998, tomo II, pp. 1061 y ss.

370 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2.3.2. Inciso segundo

El inciso segundo del artículo 1138 contempla el caso en el cual el bien se deteriora por culpa del deudor. Como anota Eduardo B. Busso[371], la determinación en cada supuesto particular de si ha habido pérdidas —en los términos de nuestro artículo 1137— o simplemente deterioro de la cosa, es una cuestión de hecho sobre la que no conviene generalizar en abstracto, sino atenerse a las circunstancias del caso, teniendo el deudor que proporcionar la prueba de esas circunstancias, según los principios generales vigentes al respecto. Agrega este autor que si la cosa se hallase deteriorada en el momento de la entrega y el acreedor pretendiera que no lo estaba cuando la obligación se convino, incumbe al deudor la prueba de que el deterioro ya existía y que el acreedor lo tuvo en cuenta al contratar.

En el caso del artículo 1138, inciso segundo, se otorga al acreedor dos opciones, a saber:

a. Resolver la obligación.

b. Recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En ambos supuestos será procedente una indemnización de daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido en detrimento del acreedor.

Concordamos con lo expuesto por Busso[372], cuando sostiene que no cabe incluir dentro del concepto de deterioro al demérito que por desvalorización puede sufrir la cosa adeudada, ya que la doctrina enseña que sólo el deterioro en la materialidad física da derecho a exigir la disminución del precio.

Añade este autor que, si bien los conceptos de deterioro y pérdida parcial no son sinónimos, ambos pueden equipararse, desde un punto de vista práctico, en cuanto a los efectos legales. Sin embargo, nosotros no concordamos con esta opinión, ya que para la ley peruana (artículo 1137, inciso primero), se considera perdido un bien cuando sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. En tal sentido, según el Código Civil peruano, el deterioro, para no llegar a configurar un supuesto de pérdida, deberá ser un daño menor que no haga inútil el bien para el acreedor, pues de lo contrario estaríamos frente a un supuesto equivalente al de pérdida que acabamos de recordar.

Por otro lado, queremos señalar que por lo manifestado no se debe entender que sostenemos que el más mínimo deterioro puede dar lugar a la opción planteada por el inciso segundo del artículo 1138 del Código nacional, en el sentido de poder resolver la obligación. El deterioro debe ser, por lo menos, apreciable, ya que, si el bien se hubiese deteriorado en lo que podría denominarse como «casi

371 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 125.
372 *Ibidem*, p. 126.

nada», no debería haber lugar a la posibilidad de resolver el contrato, pues ello constituiría un abuso del derecho del acreedor. En cambio, sí asumimos las palabras de Busso, cuando señala que el adquirente de la cosa sólo podrá ejercer la opción conferida cuando sea razonable afirmar que si la cosa hubiera estado deteriorada al tiempo del contrato no la hubiera adquirido, o no hubiera pagado por ella el precio contractualmente fijado.

También resulta importante recordar lo señalado por este autor[373], en el sentido de que el deudor de la cosa cumple la obligación entregando la cosa prometida, sin que importe que su valor sea mayor o menor al que tuvo al tiempo de contraerse la obligación. Si la ley entrara a autorizar una modificación por alteración de valor, quedaría trastornado todo el régimen económico en que descansa la organización social. No interesan, pues, las fluctuaciones de valor que resultan de la ley de la oferta y la demanda, ni las que derivan de las molestias de vecindad que antes pudieran no haber existido, salvo los casos de excesiva onerosidad de la prestación previstos por los artículos 1440 al 1446 del Código Civil, los cuales exigen la concurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles para solicitar la reducción o el aumento de la contraprestación.

Cabe resaltar que el inciso segundo del artículo 1138 del Código también otorga al acreedor los derechos a percibir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, del monto que el deudor del bien recibiese como indemnización por concepto del contrato de seguro concertado con alguna compañía de este ramo, o de estar frente al supuesto de exigir la reparación a un tercero que hubiera contribuido con la culpa del deudor a ocasionar la pérdida del bien.

De todo lo señalado hasta este punto resulta evidente que en el inciso segundo del artículo 1138 también se ha adoptado el principio por el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufrirá el deudor.

2.3.3. Inciso tercero

A continuación, el inciso tercero del artículo 1138 del Código Civil peruano regula un supuesto distinto, a saber: aquél en el cual el bien se pierde por culpa (evidentemente también se incluye al dolo) del acreedor. En este caso, resultará claro que el riesgo de pérdida de la contraprestación debe ser asumido por el acreedor, ya que obedecería a su actuar culposo (o doloso) que la prestación se hubiera perdido (comprendiendo dentro de la pérdida a cualquiera de los supuestos establecidos por el artículo 1137).

Para el inciso bajo análisis, la consecuencia de dicha pérdida será que la obligación del deudor quede resuelta, conservando el deudor el derecho a recibir por

373 *Idem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

parte del acreedor culpable de la pérdida el pago de la correspondiente contraprestación (en caso de ser un contrato con prestaciones recíprocas).

Adicionalmente, este inciso prescribe que, si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor. El propósito de esta norma es que, si bien la obligación ha resultado imposible por culpa del acreedor, dicha imposibilidad no beneficie al deudor más allá de lo que representaba el valor del bien.

Para ilustrar lo señalado, supongamos que el acreedor del automóvil estaba obligado a pagar la cantidad de 16,000 dólares americanos por el vehículo. Si por efectos de la destrucción del bien por culpa del acreedor, el deudor recibiese una indemnización de la compañía de seguros equivalente a 16,000 dólares americanos que debía haber pagado el acreedor, de acuerdo con lo señalado por la última parte del inciso tercero, el acreedor ya no deberá pagar nada al deudor, pues la indemnización de la compañía de seguros cubre el íntegro del valor de la prestación que aquél tenía que ejecutar en su favor. La ley considera que, si el acreedor siguiese obligado a pagar dicha cantidad de dinero, *el deudor estaría recibiendo el doble de lo pactado y, por lo tanto, sería injustamente, beneficiado*[374]. Lo propio ocurriría respecto del monto de una hipotética indemnización de daños y perjuicios que el acreedor tuviera que pagar en favor del deudor. Si lo pagado por concepto del seguro cubre también dicho monto, no tendría que abonar suma alguna.

Sin embargo, la compañía de seguros —y mucho dependerá esto de las cláusulas generales de contratación pactadas en el contrato— cobrará al acreedor. Está claro que la aseguradora no soportará finalmente dicho egreso ocasionado por la pérdida.

2.3.4. Inciso cuarto

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual éste tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Esta solución, sin duda alguna, resulta lógica y justa.

2.3.5. Inciso quinto

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

a. El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor.

b. El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor.

374 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c. El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

En el primer caso, si el bien se perdiese, el deudor no recibiría nada, puesto que el acreedor ya no estaría obligado a la ejecución de la contraprestación.

En el segundo caso, el acreedor, a pesar de no recibir nada, estaría obligado al pago del íntegro de su contraprestación.

En el tercer caso, el acreedor, si bien no tendría que pagar el íntegro de su contraprestación, sí debería sufragar la mitad de ésta, o de su valor. En este sentido, se entendería que ambas partes asumirían el riesgo de la pérdida.

Reconociendo que ninguno de los principios mencionados constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código Civil peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos, vale decir, por aquel que sostiene que, en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor.

Como expresan los Mazeaud[375], el aniquilamiento de la obligación del acreedor, consecuencia de la teoría del riesgo, no es sino la aplicación del mismo contrato, el llevar a la práctica la voluntad de las partes; el acreedor podrá oponerla, pues, al deudor sin acudir a los tribunales: el incumplimiento de la obligación, cuando sea debido a la fuerza mayor, produce de pleno derecho la desaparición de la obligación correlativa.

Debe señalarse, en este punto, que la regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil peruano, por basarse —siguiendo la teoría de los Mazeaud expuesta anteriormente— en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es meramente dispositiva, pudiendo de esta forma excluirla los contratantes, si así lo prefieren, a fin de colocar el riesgo con cargo al acreedor, decidiendo que éste se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya, o, incluso, compartiendo los riesgos entre acreedor y deudor.

Si el bien objeto de la prestación de dar se pierde sin culpa de las partes, a decir de los Mazeaud[376], las dos obligaciones se encuentran «destruidas retroactivamente», y sucede algo así como «si el contrato no se hubiese celebrado», produciéndose un efecto similar al de la resolución judicial, una vez que ésta es pronunciada por los tribunales.

Siguiendo con nuestro análisis del inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil peruano, vamos a utilizar dos ejemplos para ilustrar el principio en él contenido:

375 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 367.

376 *Ibidem*, p. 368.

a. Un deudor debe a su acreedor un automóvil, por el cual éste le va a pagar a aquél la cantidad de 16,000 dólares americanos. Si antes de la entrega el bien se pierde por un acto en el cual no hubiese mediado culpa alguna de los contratantes (por ejemplo, un atentado terrorista), el deudor sufrirá la pérdida de dicho bien, en el sentido de que su obligación queda resuelta y el acreedor no tendrá que pagar nada.

   Sin embargo, aquí queremos plantear un problema que complica aún más este punto, y es el de la transferencia de propiedad.

   En este ejemplo, por ser un bien mueble el objeto de la prestación del deudor, será éste quien haya sufrido la pérdida del bien, no en su calidad de deudor, sino en calidad de propietario (ya que, en virtud del artículo 947 del Código Civil, la propiedad mueble se transfiere con la entrega del bien) y, además, sufrirá la pérdida de la contraprestación, pues el acreedor no le pagará nada.

b. Por otro lado, si tomando en cuenta la misma estructura del ejemplo anterior, el objeto de la prestación del deudor de bien cierto no fuera un automóvil, sino una casa, y dicha casa igualmente se destruyese (esta vez, por un terremoto), la pérdida como dueño no la soportaría el deudor, sino el acreedor, pues aunque no le ha sido todavía entregado el bien, ya es su propietario debido a que el artículo 949 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Pero en este caso el riesgo de la contraprestación, de acuerdo al principio contenido en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, lo asumiría el deudor al no recibir nada a cambio por parte del acreedor.

Resulta pertinente, en tal sentido, recordar la opinión de Laurent[377], quien establece que la confusión que existe en la ley dio lugar a una controversia de la cual falta decir una palabra, porque ésta pone en evidencia los principios. Pregunta Laurent que, si en un contrato de venta se estipula que el vendedor permanecerá propietario hasta la traslación o hasta el pago del precio, ¿correrá el comprador con los riesgos? Dice Laurent que, si se admite la explicación que ha dado del artículo 1138 del Código Napoleón, no hay ninguna duda; poco importa quién es el propietario, si el comprador respalda los riesgos no lo hace como propietario, lo hace como acreedor; por otro lado, en el caso la venta es perfecta a pesar del aplazamiento de la traslación de la propiedad; entonces, el vendedor está obligado a conservar, y el comprador a pagar. Si la cosa perece, el vendedor es liberado, mientras que el comprador no lo es; es decir, que él corre con los riesgos. La hipótesis en la que razona Laurent es precisamente —dice— la del antiguo Derecho; por ello, considera que se debe decidir conforme a los antiguos principios: *res perit creditori*. En la opinión contraria, se remite al artículo 1138 del Código Napoleón y señala que el acreedor corre con los riesgos de la cosa, quien

377 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvi, p. 272.

se vuelve propietario de ésta; entonces se dice que él no respalda los riesgos de ésta en tanto que sólo es su acreedor. Añade Laurent que ha respondido anticipadamente al argumento con la teoría de los riesgos, pero agrega que aún se hace otra objeción: se dice que en los contratos condicionales los riesgos son para el deudor, aun cuando el acreedor sea propietario condicional; con mayor razón el deudor debe sufrir los riesgos cuando él seguía siendo propietario. Laurent responde que, si en los contratos condicionales el deudor corre con los riesgos, es por la aplicación del principio *res perit domino*: la venta adicional no existe en la teoría del Código Napoleón, entonces se debe decir que la cosa vendida perece para el propietario mientras que en nuestro caso haya venta, puesto que el principio de los riesgos debe tener su aplicación.

Por nuestra parte debemos decir que para un lector acucioso ya habrá saltado a la vista el hecho de que en este caso el acreedor no deberá pagar nada, pero el bien era ya suyo al momento en que se destruyó sin culpa de las partes.

Esta situación no tendría la más mínima trascendencia si el bien se hubiese destruido en su totalidad.

Si el bien inmueble hubiese sido no una casa sino, por ejemplo, un pontón, y se hubiese quemado íntegramente, no quedará nada de él y, por lo tanto, quien hubiese sido su dueño no podrá obtener la más mínima utilidad de los restos de éste.

Sin embargo, al tratarse de una casa será evidente que su terreno quedará subsistente (ya que el terreno no se habrá perdido). En este caso vamos a tener un problema jurídico que será necesario resolver.

De acuerdo con las normas relativas a la transferencia de propiedad, el acreedor de la casa es el propietario del terreno y habría adquirido la propiedad de éste a cambio de nada (lo que resultaría injusto). Así, pues, en virtud de la segunda parte del inciso quinto del artículo 1138, se establece que en este caso corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

Si hacemos una interpretación de equidad respecto de la norma citada, podríamos llegar a la conclusión de que debería entenderse por «derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien», en este caso, al derecho de propiedad sobre el terreno y, por lo tanto, para este supuesto primaría esta norma sobre aquélla que prescribe el modo de la transferencia de la propiedad inmueble, la que ya habría operado y, por lo tanto, haría que el bien perteneciera al acreedor desde el momento inmediato posterior al del nacimiento de la obligación.

Empero, no debe descartarse otra interpretación, en el sentido de que, al referirse a los «derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien», se está aludiendo a alguna hipotética indemnización por concepto de seguros. De optarse por este camino —sostenible, por cierto— tendríamos un serio problema de equidad en la aplicación de la norma del artículo 1138, inciso quinto.

EDITORIAL JURÍDICA CASTILLO FREYRE

Finalmente, la jurisprudencia nacional ha señalado que «En las obligaciones de dar bienes ciertos la imposibilidad de ejecutar la prestación puede resultar por la naturaleza de las cosas. Así, el bien de la relación obligacional ha dejado de existir y se ha perdido para las partes»[378].

2.3.6. Inciso sexto

Por otra parte, diremos que la solución planteada por el inciso sexto del artículo 1138 al tema del deterioro del bien sin culpa de las partes, recoge el mismo principio que el inciso anterior, en el sentido de que es el deudor quien asume el riesgo de la contraprestación como consecuencia de dicho deterioro.

En estos casos la ley prescribe que se deberá efectuar una reducción proporcional de la contraprestación, correspondiendo al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien. Esta última frase repite los términos de la parte final del inciso quinto de este mismo artículo; nótese que en este caso, si se tratara de una obligación de dar que implicase la transferencia de propiedad, y además se tratase de un bien inmueble, deberíamos descartar la primera de las interpretaciones esgrimidas por nosotros cuando analizamos el rubro (b) del inciso anterior, pues en este caso la propiedad se transferirá de todas maneras y, por lo tanto, no estará en discusión cuál de las partes deberá quedarse con ella.

Para finalizar el examen de las reglas propias de la teoría del riesgo, consideramos pertinente subrayar que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que el resto de normas sobre obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141), corresponde a la generalidad de éstas y no sólo a las obligaciones de dar bienes ciertos que impliquen transferir la propiedad de un bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

378 Casación n.° 280-2000-Ucayali. En diario oficial *El Peruano*, 25 de agosto de 2000, p. 6100.

Presunción de culpa del deudor

Artículo 1139.- Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1139

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; ni en el Código Civil de 1852; ni en el Proyecto de Código Civil de 1890; así como tampoco en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

Su fuente más cercana en el Perú es el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, que regula el tema en su artículo 8: «La pérdida de la cosa en poder del deudor, se presume ocurrida por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario».

Similar posición adoptó el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, el cual en su artículo 10 trató sobre el particular en los siguientes términos: «La pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor se presume que ocurren por culpa suya, salvo prueba en contrario». Esta norma pasó al Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, con el número 1152: «La pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor se presume por culpa suya, salvo prueba en contrario»; y al Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, con el número 1107: «Se presume que la pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario».

2. Análisis

La presunción establecida en el artículo 1139 del Código Civil peruano resulta ser una de naturaleza *iuris tantum* (se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario).

El sentido de la norma es adecuado, ya que, si la pérdida del bien se produce antes de la entrega, se deberá suponer que éste estaba en posesión del deudor, y será el deudor, por lo tanto, quien se encuentre en contacto directo con el bien, razón por la cual será consciente de las razones que llevaron a su pérdida

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o deterioro, motivos que, no está demás decirlo, en la mayoría de los casos serán desconocidos por el acreedor.

Por lo señalado nos parece justo que el Código Civil haya establecido la presunción de que dicha pérdida o deterioro se deba a culpa del deudor. Naturalmente, si la pérdida o deterioro no se hubiese producido por culpa del deudor, éste tendrá la oportunidad de efectuar los descargos correspondientes, demostrando que actuó con la diligencia ordinaria, o que la pérdida o deterioro se debió a un caso fortuito, fuerza mayor o, incluso, a culpa del acreedor; todo ello porque la presunción de este numeral admite prueba en contrario.

Barchi[379] señala que en los supuestos del artículo 1138, el criterio de asignación de riesgo es la culpa, «[...] pero ¿qué pasa si la pérdida o deterioro se produce sin culpa de las partes? En este caso la culpa no puede ser el criterio de asignación del riesgo. La pregunta es, entonces, ¿quién está en mejor posición para evitar la pérdida o el deterioro? Siendo que el deudor es quien está en posesión del bien, él es quien se encuentra en mejor situación para evitar la pérdida y deterioro; por tanto el artículo 1138 (incisos 5 y 6) le asigna el riesgo de la pérdida o destrucción y el artículo 1139 lo hace a través de una presunción»[380].

Esta norma, por lo demás, es coherente con el artículo 1329 del Código Civil, el cual establece que «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

379 Barchi Velaochaga, Luciano. «Presunción de culpa por pérdida o deterioro del bien». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 49.

380 Similar posición había asumido años atrás Pietro Trimarchi (En Trimarchi, Pietro. «Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 29. Lima, 1994, p. 92).

Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta

Artículo 1140.- El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora.

1. Fuentes nacionales del artículo 1140

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836. Su primer antecedente nacional es el Código Civil de 1852, que reguló el tema en el artículo 2276: «La pérdida o destrucción de una cosa robada, aunque sea por caso fortuito, no exime, al que la sustrajo, de la restitución del precio, ni de la indemnización por daños».

Posteriormente, el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 3049 dispuso lo siguiente: «Al que ha turbado o robado cualquier cosa, no le es permitido alegar que aquélla ha perecido por caso fortuito, ni aun de los que la habrían destruido en poder del acreedor».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trató sobre el particular. Tampoco lo hicieron el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; ni el Código Civil de 1936.

Ya en el proceso de reforma del Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, que lo regulaba en su artículo 9: «Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, aunque la cosa se hubiese perdido por caso fortuito o fuerza mayor; a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora».

Similar criterio tuvo el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, ya que abordó el tema en su artículo 11: «El deudor no quedará eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se hubiese perdido sin su culpa, cuando la obligación procediera de delito o falta. Esta regla no se aplicará si el acreedor hubiese sido constituido en mora». Luego siguieron el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, con su artículo 1153: «El deudor no quedará eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ésta se hubiese perdido sin su culpa, cuando la obligación procediera de delito o falta. Esta regla no se aplicará si el acreedor hubiese sido constituido en mora»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, con el numeral 1108: «El deudor no queda eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora».

2. Análisis

Como ya se ha dejado claramente establecido, las dos grandes fuentes de las obligaciones son la voluntad y la ley.

En el caso de la ley, existen disposiciones en el campo civil que impiden efectuar determinados actos. Asimismo, en el campo penal existen estipulaciones que sancionan la comisión de algunos actos por constituir delitos o faltas.

Concretamente nos estamos refiriendo a los delitos y faltas contra el patrimonio comprendidos en el Libro Segundo, Título V, del Código Penal, y Libro Tercero, Título III, del mismo Código, respectivamente.

Vamos a citar un ejemplo. En un caso de robo, contemplado en el artículo 188 del Código Penal peruano, en el cual una persona se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, además de la penalidad establecida en dicha norma (pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años), el sujeto activo del delito tiene la obligación de devolver el bien, y resulta obvio que dicha obligación surgió desde el momento en que lo robó. Es evidente que quien hubiese robado un bien está obligado a devolverlo.

Supongamos que el objeto robado sea un televisor. Supongamos también que la policía apresa al ladrón y en su guarida no halla dicho bien, porque el delincuente lo había escondido en otro lugar con la finalidad de evadir su ubicación. Pero ocurre que mientras el delincuente ha sido apresado y procesado, otro delincuente sustrae dicho bien del lugar donde estaba escondido y se lo lleva a un lugar desconocido. En este caso, cuando el primer delincuente confiese el lugar donde tenía escondido el fruto de sus malas acciones, la policía no lo podrá encontrar, y el primer delincuente realmente desconocerá su paradero. Por ello, sobre la base de lo prescrito por la primera parte del inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil, se considerará que el bien se ha perdido, por haber desaparecido de modo que no se tenga noticias de él.

En este caso no se aplican las normas del inciso quinto del artículo 1138, pues ha mediado un delito (podría haber mediado también una falta). Por ello, la obligación del deudor (el ladrón) no queda resuelta, sino que éste se encontrará,

PASTOR MARÍA CASTILLO FREYRE

de todas maneras, obligado, no a devolver el bien, pues le será imposible hacerlo, sino a devolver su valor.

Por otro lado, cabe citar la opinión de Yzquierdo Tolsada[381], quien sostiene que

> En el caso de obligaciones restitutivas derivadas de la comisión de delitos o faltas, el deudor no se libera, sino que la prestación se sustituye por su valor; es decir, el deudor deberá entregar el valor de la prestación (siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 1136). No se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa; se produce lo que se llama una *perpetuatio obligationis*.

Finalmente, cabe señalar que la única excepción planteada por el artículo bajo comentario es el caso en el cual el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor que ha cometido la falta o delito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

381 Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual.* Madrid: Dykinson, 2001, p. 119.

Gastos de conservación

Artículo 1141.- Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

1. Fuentes nacionales del artículo 1141

Este artículo no registra antecedente alguno en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852. Lo mismo podemos decir del Proyecto de Código Civil de 1890; del Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; del Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; del propio Código Civil de 1936; y de la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973.

La norma bajo comentario tuvo su primer antecedente nacional en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 12: «Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses».

Luego vendrían el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1154: «Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, con el artículo 1109: «Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses».

2. Análisis

Probablemente lo primero que llama la atención al leer el texto del artículo 1141 es que, en estricto y a pesar de tratarse de una norma propia del Derecho de Obligaciones, prescinde de cualquier mención al acreedor o al deudor.

ALVARO CASTRO FREYRE

Ciertamente, a más de uno le puede parecer extraño —o al menos curioso— que el legislador haya optado por utilizar el término propietario, cuando el Derecho de Obligaciones se encuentra estructurado en función del deudor, del acreedor y, obviamente, de la obligación.

En toda relación obligatoria las partes son siempre el deudor y el acreedor, no obstante lo cual el artículo 1141 es una norma que no nos habla expresamente ni del deudor ni del acreedor, sino del propietario, señalando que es a éste a quien le corresponde asumir los gastos de conservación del bien.

Debemos admitir que en más de una ocasión nos vimos tentados de ensayar alguna redacción distinta de este precepto, con el objeto de eludir el empleo de la expresión «propietario». Sin embargo, con cada intento nos convencimos de que aquello era una tarea que carecía de sentido.

Ello debido a que en el mejor de los casos el artículo 1141, no empleando la palabra «propietario», tendría que disponer que «los gastos de conservación son de cargo de quien corresponda», con lo cual, en definitiva, nada se diría.

Si alguien deseara redactar una norma que sustituya al artículo 1141 para que se utilicen los términos «acreedor» y «deudor», esa norma tendría una defectuosa extensa dimensión.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que el artículo 1141 parte de una premisa que no constituye una idea universal en el ámbito del Derecho de Obligaciones.

Como resulta evidente, el legislador de 1984 elaboró esta norma desde la perspectiva de los Derechos Reales, de modo tal que ésta se sustenta en la idea de que quien se obliga a entregar un bien asume, a su vez, una obligación de dar en propiedad, lo que no siempre ocurre en el ámbito obligacional.

Así, a manera de ejemplo, supongamos que una persona se obliga a entregar a otra un cuadro de Fernando de Szyszlo para que lo exhiba por unos días en su galería. Como resulta evidente, esta obligación (la de entregar el cuadro) no transfiere, de modo alguno, la propiedad del cuadro, en la medida en que éste únicamente ha sido entregado como préstamo con el fin de ser exhibido. Cuando transcurran los días acordados, la persona a la cual se le entregó el cuadro deberá devolverlo.

En el campo del Derecho de Obligaciones lo que importa es la obligación de entregar el bien; ello es lo relevante (más allá de que con esa entrega se transfiera o no —según lo convenido por las partes— la propiedad del bien).

A pesar de que la norma parte, como hemos anotado, de una premisa que no puede tomarse como general, debemos admitir que el artículo 1141, en última instancia, sí ofrece una regulación apropiada respecto de la problemática de la «conservación del bien».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para comprobar la veracidad de esta afirmación, imaginemos que una persona (deudor) ha contratado con otra (acreedor) y se ha obligado a darle un automóvil determinado. La entrega debe realizarse a un mes de nacida la obligación.

En un caso como el planteado, y orientándonos por las normas generales de transferencia de propiedad, resulta evidente que, luego de nacida la obligación, el propietario del vehículo es el deudor.

Si llevamos este ejemplo al área puramente obligacional, podemos establecer como regla que el deudor —sea o no sea propietario del bien, y sin importar si se ha obligado a transferir la propiedad de éste— que se ha obligado a realizar la entrega se encuentra, como consecuencia, obligado a conservar el bien.

En pocas palabras, el deudor, mientras siga teniendo esta calidad, esto es, mientras no entregue el bien, es responsable de su conservación.

No tendría sentido que la obligación de conservar el bien recayera en el acreedor, por la simple razón de que aquél no tendría forma de cumplirla. ¿Cómo conservar algo que aún no se posee? ¿Cómo conservar un vehículo que aún permanece en posesión de otra persona?

Lo señalado nos lleva a afirmar que, respecto de los gastos de conservación y concordando los textos de las normas bajo análisis, es claro que éstos deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos también por éste, en su condición de propietario (artículo 1141).

Cabe resaltar, y esto es importante, que, aunque todo deudor de una obligación de dar (entregar) un bien cierto, tiene a su cargo la conservación de dicho bien, ello no significa que todo deudor se encuentre obligado a asumir los gastos económicos que esa conservación suponga.

Son dos cosas distintas y, por consiguiente, dos temas que no ameritan la misma solución.

Por un lado, y como acabamos de advertir, se encuentra la obligación de conservar el bien, la cual recae en todos los casos en el deudor de la obligación de dar un bien cierto.

Por otro, se encuentra la obligación de asumir los gastos que dicha conservación implica. Esta obligación, siguiendo lo regulado en el artículo 1141, se encuentra siempre a cargo de quien es el propietario del bien desde que nació la obligación y hasta que el bien es entregado. En algunos casos, el propietario podría ser el deudor y, en otros, en cambio, podría ser el acreedor.

Así, en el ejemplo del vehículo, el propietario sería el deudor, puesto que la entrega es necesaria para que se configure la transferencia de propiedad de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bienes muebles. Al no haber habido aún entrega, la transferencia del vehículo todavía no se habría realizado.

Si el objeto del ejemplo anterior, en lugar de ser un automóvil, fuera una casa, el propietario no sería el deudor, sino el acreedor, ya que en virtud del artículo 949 del Código Civil la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar. La transferencia habría operado en el momento mismo en que las partes se obligaron de modo que, en ese instante, el acreedor se convirtió en propietario del bien y, por ende, se encuentra obligado a hacerse cargo de los gastos de conservación.

Estas reglas generales no se ven afectadas por el abanico de posibilidades que pueden configurarse en los hechos. Así, inclusive serán de aplicación en los casos en los cuales el propietario esté en otro país y el deudor, que ha dejado de ser propietario de esa casa que nos sirve de ejemplo, se vea forzado a realizar unos pagos a fin de conservar adecuadamente el bien.

Teóricamente es posible que ese deudor se comunique con el acreedor (propietario) y le solicite que le envíe, a través de un giro, el dinero necesario para pagar dichos gastos. Sin embargo, en la práctica resulta idóneo que sea el propio deudor el que desembolse el dinero necesario y luego se lo cobre al acreedor.

Como se observa, existen ocasiones en las cuales las circunstancias conllevan a que los gastos de conservación del bien sean sufragados «de primera mano» por la persona que no es la propietaria del bien, sin perjuicio de que luego ésta pueda exigir su derecho a ser reembolsada.

Sintetizando, tenemos que la obligación de conservación siempre le corresponde al deudor, aunque los gastos de conservación le correspondan, de conformidad con el artículo 1141, al propietario del bien, el cual puede ser deudor o acreedor, dependiendo del caso concreto. Si los gastos de conservación son asumidos por una persona a quien no le correspondía sufragarlos, sencillamente tendrá derecho al reembolso, como lo establece esa misma norma.

Así las cosas, y aunque a primera vista podría parecer lo contrario, el artículo 1141, tal cual se encuentra redactado y más allá de sus defectos, sí cumple con la función para la cual fue concebido por el legislador como parte del Derecho de Obligaciones.

El tema de los gastos de conservación se encuentra íntimamente vinculado a otro tema propio del ámbito de los Derechos Reales, a saber: el de las mejoras.

Como señaláramos oportunamente, los gastos de conservación son aquéllos que se deben realizar para que el bien se encuentre, al momento de su entrega, prácticamente en el mismo estado en que se hallaba al momento del nacimiento de la obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, las mejoras están reguladas por los artículos 916, 917, 918 y 919 del Código Civil[382].

Una lectura de las normas citadas nos permite observar que el legislador se ha preocupado de establecer dos aspectos importantes.

En primer lugar, ha procurado señalar y definir los tipos de mejoras que el Derecho reconoce. Así, las ha clasificado en mejoras necesarias, mejoras útiles y mejoras de recreo.

En segundo lugar, le ha dedicado especial atención al derecho de reembolso que surge como consecuencia de la realización de alguna mejora en el bien. Ese hecho se encuentra plenamente justificado, habida cuenta de que, en realidad, las mejoras tienen relevancia para el Derecho Civil cuando implican el nacimiento del derecho de reembolso. En última instancia, lo que está en juego en materia de mejoras es determinar si hay o no derecho al reembolso por ellas.

No es importante para el Derecho Civil si el poseedor que, por ejemplo, construyó un minidepartamento en el inmueble que habita, tenía o no la licencia de la municipalidad o si los tributos o arbitrios que deben pagarse por el inmueble aumentan como consecuencia de esa mejora. Al Derecho Civil lo que le interesa es si ese poseedor no propietario que costeó esa construcción, tiene o no derecho al reembolso del valor de las mejoras.

Dicho esto, pasemos ahora a vincular el tema de las mejoras con el de los gastos de conservación. En ese orden de ideas, lo primero que debemos de señalar es que no todas las mejoras pueden calificarse como gastos de conservación.

El sentido común nos previene advirtiéndonos que las mejoras de recreo no pueden considerarse como gastos de conservación. Sostener lo contrario resultaría absurdo, pues su definición nos informa de que aquéllas no son indispensables para que el bien se conserve.

382 El texto de los artículos citados es el siguiente:
Artículo 916.- Las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien.
Son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien.
Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.
Artículo 917.- El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar por su valor actual.
La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias.
Artículo 918.- En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención.
Artículo 919.- Restituido el bien, se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso.

Por otra parte, un poco más delicado es el caso de las mejoras útiles. Por ello nos parece más adecuado sostener que, en principio, las mejoras útiles no pueden calificarse como gastos de conservación, no obstante lo cual reconocemos que esta afirmación podría, de darse el caso, admitir prueba en contrario.

De otra parte, a diferencia de las mejoras útiles y de las de recreo, las mejoras necesarias —como su misma denominación lo indica— se realizan para reparar el bien, siendo, por consiguiente, imprescindibles para evitar el deterioro o la destrucción de aquél, de donde se sigue que las mejoras necesarias sí pueden calificarse como gastos de conservación.

De esta manera, por ejemplo, si una pared está a punto de colapsar, resanarla sería una mejora necesaria que, asimismo, entraría en la definición de gasto de conservación.

La breve revisión que acabamos de realizar nos permite concluir, sin temor a equivocarnos, que no toda mejora constituye un gasto de conservación. A decir verdad, esta afirmación no es más que una de las dos caras de una moneda. La otra cara consiste en reconocer que no todo gasto de conservación es una mejora. Limpiar una casa implica realizar gastos de conservación, empero, no supone realizar ninguna clase de mejora al inmueble.

No está de más recordar que, conforme lo establece el artículo 1134, la obligación de conservar el bien incluye, como regla, la conservación de sus accesorios.

De otra parte, queremos hacer mención a otro tema relacionado con los gastos de conservación. Nos referimos, a los frutos en las obligaciones de dar bienes ciertos.

Los frutos, de acuerdo al artículo 890 del Código Civil peruano, son los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su sustancia. Los frutos son naturales, industriales y civiles (artículo 891). Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor o titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos (artículo 892). Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

En ese entender, y en virtud del artículo 892 del Código Civil peruano, los frutos siempre corresponderán al propietario del bien, independientemente de si éste es el deudor (si es que en una obligación de transferir propiedad, ésta todavía no se hubiese transferido), o si éste es el acreedor (si es que en una obligación de transferir propiedad, ésta ya se transfirió).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El régimen que el Código Civil peruano otorga al tratamiento de los frutos y productos (artículos 890 a 895), resulta suficiente para cubrir todas las hipótesis que en materia de obligaciones de dar pudiesen presentarse en relación a estos temas, razón por la cual en el Libro de Derecho de Obligaciones no fue regulado el régimen de los frutos ya que, como se ha manifestado, no se presenta dificultad alguna en la aplicación de estos principios a las obligaciones de dar; además de que resultaría impropio tratar sobre esta materia en el Libro de Derecho de Obligaciones, por ser un tema correspondiente a los Derechos Reales.

Ahora bien, conviene precisar que el principio asumido por la generalidad de la doctrina y por nuestro Código Civil —esto es, que el propietario asuma los gastos de conservación hasta que, efectivamente, se realice la entrega—, ha sido pensado en función a una obligación de dar en la cual el deudor es el propietario del bien y, además de ello, éste se haya obligado a entregar el bien en propiedad.

Pero ocurre que éste sólo será uno de los supuestos susceptibles de presentarse respecto a las obligaciones de dar. En tal sentido, si bien puede constituir el caso más frecuente, no deja por ello de ser un supuesto más. Así, consideramos conveniente analizar algunas otras hipótesis, a saber:

a) Si el deudor de la obligación de dar un bien no es su propietario, y el acreedor de dicha obligación tampoco tiene tal situación jurídica, es evidente que el propietario del bien no deberá sufragar gasto de conservación alguno.

   Es el caso de subarrendamiento, en el que ni el subarrendador (arrendatario en el contrato principal) ni el subarrendatario son propietarios del bien. En este supuesto, en la obligación de entrega del bien a este último, será evidente que el propietario del bien (que no es parte en el contrato de subarrendamiento celebrado) no deberá sufragar gasto de conservación alguno.

b) Si se trata de una obligación de dar que implique la restitución del bien al acreedor (que puede o no ser propietario del bien).

   En este caso, en las obligaciones de restituir un bien, los gastos de conservación no deberán ser sufragados por el propietario del bien, vale decir, por el acreedor.

   Concretamente, para ilustrar el caso, apelamos a un contrato de arrendamiento celebrado entre el propietario (arrendador) y el inquilino. Nos estamos refiriendo a la obligación del inquilino de restituir el bien al momento de la terminación del plazo establecido en el contrato. Es evidente que durante toda la vigencia del plazo en que el arrendatario haga uso del bien, está en la obligación de conservarlo y de sufragar los gastos que conlleven dicho actuar; y más evidente es que el propietario no deberá asumir los gastos de conservación del bien durante todo el tiempo en que esté vigente el contrato de arrendamiento, lapso durante el cual quien debe efectuar y cargar con el costo de dicha conservación es, sin lugar a dudas, el inquilino.

ESTUDIO MIRO QUESADA Y TEYSSEN

Obligación de dar bien incierto

Artículo 1142.- Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

1. Fuentes nacionales del artículo 1142

Esta norma no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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.

La primera referencia nacional es el artículo 1413 del Proyecto de Código Civil de 1890, que señala: «La cosa material, objeto de una obligación, debe ser determinada, cuando menos en especie».

Posteriormente, también trataron el tema el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en su artículo 131: «La cosa incierta debe indicarse, cuando menos, por el género y cantidad»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en su artículo 122: «La cosa incierta debe indicarse, cuando menos, por la especie y cantidad»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el numeral 1168: «Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad»; el Código Civil de 1936, en su artículo 1176: «Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Jorge Vega García, del año 1973, en el artículo 9: «Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 16: «Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el numeral 1158: «Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad»; y, por último, el artículo 1110 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, que establece que: «Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad».

2. Análisis

2.1. Consideraciones generales

Antes de iniciar el análisis del artículo 1142 del Código Civil peruano, recordaremos que, si bien los preceptos ya revisados se refieren a las obligaciones de dar

ESTUDIO DE CASTILLO FREYRE

bienes ciertos, también pueden constituir objeto de las obligaciones de dar los bienes fungibles y los bienes inciertos.

El profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro[383] expresa que «Uno de los puntos esenciales de la obligación es el hecho de que ésta no puede existir sin objeto, el cual debe encontrarse determinado en la prestación; tal determinación aflora, a veces, cuando se considera la naturaleza de la cosa, o se circunscribe a un género determinado; de ahí que desde el antiguo Derecho romano se afirme que el objeto debe estar determinado al menos en cuanto a su género. Es ésta la menor de las determinaciones posibles y su falta de precisión conduce a la inexistencia».

Domenico Barbero[384] comienza el tratamiento de las obligaciones genéricas señalando que en la estática de la relación real, objeto de todo derecho singular, no puede haber más que una cosa o un conjunto de cosas determinadas e individualizadas: se puede ser propietario, usufructuario, etcétera, no de una casa, indeterminadamente, sino de esta casa, no de un saco de trigo, un barril de vinagre, sin otra determinación que la de la cantidad y del género, sino de este saco, de este barril, determinados individualmente; tan es así que, en los contratos consensuales (como la venta), antes de la individualización concreta del objeto mediante peso, numeración o medida no se adquiere la propiedad, sino solamente un crédito; y agrega que es precisamente en el campo de los créditos y en la dinámica de la relación obligatoria donde adquiere el máximo relieve práctico la distinción entre cosas «de género» y cosas «de especie», pues según que el objeto de la obligación sea una cosa «de especie» o una cosa «de género no individualizada todavía», dicho crédito puede extinguirse o perdurar cuando perezca el objeto. Esto en virtud del conocido principio de que perece la especie, pero no el género, cuando, por lo menos, es ilimitado.

A su vez, Salvat[385] sostiene que se entiende por obligaciones de dar bienes inciertos a aquellas que tienen por objeto cosas inciertas no fungibles. Recuerda que en el Derecho romano estas obligaciones se llamaban obligaciones de género (*obligatio generis*) y se oponían a las obligaciones de especie (*obligatio speciei*) u obligaciones de dar un individuo determinado, que son las que nosotros llamamos de dar cosas ciertas. Así, las obligaciones de dar bienes inciertos determinados sólo por su especie equivalen a las obligaciones de género del Derecho romano, de manera que no debe traducirse *speciei* por «especie», ya que *speciei* equivale a cuerpo cierto o individuo determinado.

De otro lado, Karl Larenz[386] indica que las obligaciones genéricas son muy frecuentes, constituyendo la regla general en el comercio al por mayor; se encuentran

383 Becerra Toro, Rodrigo. *Obligaciones civiles. Fuentes y formas.* Bogotá: Temis, 1987, p. 273.

384 Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, tomo III, p. 25.

385 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 356.

386 Larenz, Karl. *Op. cit.*, p. 161.

preferentemente en los contratos de compraventa y en los contratos de arrendamiento de uso.

Debemos señalar que bien incierto es aquel que, constituyendo el objeto de una prestación de dar, no se encuentra totalmente determinado. Como enseña Antonio de la Vega Vélez[387], en las obligaciones de género el objeto no se encuentra determinado en especie o cuerpo cierto, sólo se determina al momento de cumplirse la obligación y esta determinación se hace con respecto a diversas cosas que reúnan las mismas características. Es el caso de los bienes determinables, de aquellos que se encuentran especificados al menos en su especie y cantidad.

Por su parte, para Manuel Albaladejo[388] obligación específica es aquélla cuyo objeto está determinado individualmente (está especificado, individualizado). En cambio, agrega, obligación genérica es aquélla cuyo objeto está determinado no individualmente, sino de una manera general, por características genéricas (que son comunes a todas las cosas que forman el género). Agrega Albaladejo que no se trata de que el de la obligación específica sea un objeto determinado individualmente, mientras que el de la obligación genérica sea el género (pudiéndose cumplir con cualquiera de las cosas o servicios que pertenezcan a éste), sino que en la obligación genérica existe un objeto, determinado en cuanto al género a que pertenece, pero aún no individualizado; así, luego, el objeto no es el género, sino el individuo que posteriormente se especifique dentro del género.

En este punto, debemos recordar lo señalado por Zatti y Colussi[389], cuando indican que el deudor está obligado a procurar la satisfacción de un interés del acreedor identificado sobre la base del título de la relación.

Para el tratadista español Antonio Hernández Gil[390], a efectos de las obligaciones genéricas resulta esencial el concepto de género. Así, en primer lugar, en un orden de ideas general o referido a la naturaleza, la distinción entre género y especie depende del lugar en que comience y termine la escala, de tal manera que una misma cosa que, respecto de otras, puede representar su género, puede, a su vez, aparecer como especie dentro de un concepto más amplio, y así sucesivamente; en tanto que, en segundo lugar, lo que con arreglo a una conceptuación de tal clase constituye un género es perfectamente posible que carezca de idoneidad para integrar por sí sólo el objeto de la obligación; así, el género «metal», u otros más particulares, como «dinero» o «trigo», no sirven para, con esa sola delimitación, integrar la prestación de una obligación porque no se cumple el requisito de la determinabilidad; precisa que en tal caso no habríamos constituido una obligación genérica, sino que nos faltaría un elemento —el objeto— para dar vida a

387 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 227.

388 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 44 y 45.

389 Zatti, Paolo y Vittorio Colussi. *Op. cit.*, p. 296.

390 Hernández Gil, Antonio. *Op. cit.*, p. 131.

la obligación. Por último, Hernández Gil sostiene que la obligación es genérica cuando la prestación no se identifica con una sola «cosa» individualmente designada o determinada, sino que viene configurada más amplia o genéricamente, bien por referencia a un sector de la realidad en el que se hallen insertas diversas cosas no consideradas individualmente, bien porque se utilice algún medio objetivo indirecto para indicar qué es lo debido.

2.2. Requisitos mínimos

El Código Civil peruano exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables que éstos estén especificados, cuando menos, en su especie y cantidad, debido a que cuando se genera una obligación debe ejecutarse, y el deudor debe estar comprometido seriamente a ejecutar una prestación que revista dicha seriedad. En ese sentido, si no se estableciesen al menos la especie y la cantidad, podría un deudor estar obligándose y, a la vez, podría desobligarse de lo pactado o prescrito por la ley.

Para ilustrar lo mencionado vamos a citar dos ejemplos:

(a) Si el deudor se obligase a entregar «dos animales» a cambio de 1,000 dólares americanos, no habría contraído una obligación seria al no señalar la especie de dichos animales, ya que podría «cumplir» entregando dos insectos de ningún valor, con lo que estaría burlando a su acreedor, quien sí le tendría que pagar la suma de dinero prometida.

Como enseña el profesor Rodrigo Becerra Toro[391], el género propiamente dicho puede clasificarse en determinado e indeterminado. Es determinado cuando los individuos que forman el conjunto participan de caracteres comunes (caballos, vacas, arroz, etcétera) e indeterminado cuando los individuos pertenecen a diferentes clases o grupos y apenas guardan relación por sus caracteres más universales (animal, vegetal, mineral, etcétera). Señala el mencionado jurista colombiano que en el primer evento puede nacer la obligación civil pero no en el segundo caso, ya que resulta posible deber un individuo de un género determinado (un caballo, un perro, etcétera), mas no puede predicarse lo mismo de algo que se menciona por sus rasgos más universales (un animal, etcétera), razón por la cual la legislación civil no acepta que se pacte una obligación de género indeterminado. En tal sentido, Becerra Toro precisa que debe entenderse como obligación de género aquélla en la cual se determina a lo menos la clase, familia o grupo al que pertenece el objeto debido, aunque este mismo aparezca indeterminado.

(b) Igual falta de seriedad ocurriría si el deudor se obligase a entregar «gallinas» a cambio de 4,000 dólares americanos. En este caso, si bien se habría señalado la especie, nada se habría dicho acerca del número o cantidad de dichas

391 Becerra Toro, Rodrigo. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

gallinas, razón por la cual, de permitirse un pacto de estas características, el deudor podría satisfacer su prestación entregando al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000 dólares americanos prometidos.

Por otra parte, debemos precisar, siguiendo a Pothier[392], que no es necesario que la cantidad que constituye el objeto de la obligación esté determinada al momento en que se contrae la obligación, pues bastará que pueda serlo en el futuro, como sería, por ejemplo, si uno estuviese obligado a indemnizarme los daños y perjuicios que he sufrido o pudiera sufrir en tal ocasión, caso en el cual la obligación sería válida, a pesar de que la suma de dinero a que asciende no esté todavía determinada, por ser determinable en el peritaje. De la misma manera —agrega Pothier—, si otro se obligase a suministrarme trigo para el alimento de mi familia durante un año, la obligación sería válida por más que no se haya determinado la cantidad, por cuanto es determinable por la estimación que se hará lo necesario para ello.

En ese sentido, la jurisprudencia nacional mediante la Casación n.° 796-97-Huánuco, de fecha 12 de mayo de 1998, ha señalado lo siguiente sobre la diferencia entre la obligación determinada y determinable (confundiendo lo que es obligación de objeto determinado o determinable, que es en realidad acerca de lo que trata, con obligación determinada o determinable, tema al que en realidad no está haciendo referencia), «Es obligación determinada, aquélla que tiene por objeto cosas ciertas, que son aquéllas en que el objeto, se encuentra individualizado desde el nacimiento de la obligación o acto seguido; y es obligación determinable aquélla en que el objeto de la obligación se mantiene en género y corresponde practicar una elección, sea al acreedor o al deudor, o referida a un bien incierto entre bienes determinados, o a unos entre fungibles, etcétera».[393]

De otro lado, debemos recordar, siguiendo a Busso[394], que el género es un concepto y no una realidad material. Así, si se vende «un caballo» sin ninguna otra aclaración, el contrato no se refiere a un animal determinado, pues para designar la materia de la obligación las partes se han valido de una idea general, siendo necesario aclarar cuál es la representación mental que ha correspondido a esa idea para fijar los efectos de la convención. La designación genérica, sin apuntar a un objeto determinado, comprende a todos los que reúnan los caracteres propios al género de que se trate. Así, el género como concepto tiene aptitud legal para contener un ilimitado número de casos individuales, precisamente porque se trata de un concepto que no está restringido por los límites de la realidad, ya que el género

ESTUDIO RICARDO PALMA ORAVE

392 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 114.

393 División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Compendio práctico que sistematiza y conecta la jurisprudencia casatoria más relevante emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos 25 años con relación a los artículos del Código Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2022, p. 14. [Texto correspondiente a la tercera edición]

394 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo iv, p. 176.

es imperecedero e inagotable; y aun tratándose de géneros calificados que resulten en la práctica de un contenido real sumamente reducido, siempre será cualidad conceptual del género esa teórica ilimitación.

Según Jorge Joaquín Llambías[395], se entiende por género el conjunto de seres o cosas que poseen un cierto número de caracteres comunes: así los hombres, los caballos, los perros, pertenecen al género animal; las rosas, los jazmines, las violetas, los claveles, pertenecen al género flor; los automóviles marca Ford, Chevrolet, Fiat, Renault, Peugeot, pertenecen al género automóvil. Agrega Llambías que cuando se habla de obligaciones de cosas inciertas se alude a objetos que se identifican por el género al que pertenecen; añade que el género es un concepto relativo, que depende de la intención de las partes, ya que son éstas las que definen, aun tácitamente, cuáles son las cualidades comunes a varias cosas que hacen surgir un género identificado por tales calidades.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[396], por regla general, el objeto de las obligaciones genéricas está constituido por cosas fungibles, pero esto no es indispensable, ya que también pueden ser objeto de una deuda de género las cosas no fungibles (un caballo de silla, un auto), e igualmente una cosa fungible (este ejemplar de un libro difundido en una gran edición) puede ser debida como especie. A estos efectos, es decisiva la determinación de las partes, mientras que la fungibilidad depende de la opinión del tráfico. La esencia de la obligación genérica se revela en que es más libre la posición del deudor, ya que puede elegir en el género el objeto a prestar, naturalmente dentro de los límites establecidos por la ley, que en el caso peruano están determinados por el artículo 1143 del Código Civil.

Respecto de la mayor libertad a la que aluden, podríamos señalar que variará de acuerdo con la amplitud en la que consista la especie materia de la obligación de dar bienes inciertos. Cuanto más grande sea la especie, mayor será la libertad; por el contrario, cuanto menor sea aquélla, menor será ésta.

Respecto del tema de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, podríamos decir, con Héctor Lafaille[397], que el tema es de aplicación vastísima, ya que las operaciones sobre mercaderías son las más comunes. El propio Lafaille plantea el tema del género próximo y del género remoto. Así, señala que está permitido constituir una obligación de contenido indeterminado siempre que pueda concretarse. Agrega que el género próximo, también denominado especie, consiste en una clase de objetos que ofrece caracteres diferenciales, como un caballo, una mesa, trigo, azúcar, etcétera; no siendo válida, por el contrario, y como lo hemos señalado nosotros anteriormente, una obligación tan vaga como la de

395 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 138.

396 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen 1, p. 30.

397 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen 1, pp. 134 y ss.

entregar muebles, animales, etcétera, por constituir una de género remoto. De este modo, la categoría que estamos abordando es la del género próximo.

Opinan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[398] que la doctrina suele distinguir una obligación genérica normal u ordinaria y una obligación genérica delimitada o de género limitado, como una variante de aquélla; agregan que la obligación de género limitado supone que las partes no sólo han designado el género a que pertenece la cosa, sino también otras circunstancias externas que sirven para delimitarla, como la procedencia (te compro 1,000 litros de vino de tu cosecha de este año), el lugar donde se encuentra (te vendo 1,000 litros de vino de los que tengo en mi bodega) u otras semejantes (v. gr. 10 litros de vino de la cosecha de 1960). Añaden los autores españoles citados que la delimitación causa que la pérdida fortuita de las cosas incluidas en ella libere al deudor de su obligación. Así —sostienen— restringe el juego de la regla *genus nunquam perit*, adquiriendo importancia práctica la idea de la obligación genérica, cuando la delimitación se produce a través del origen o de la fuente de producción de las cosas, con la posibilidad de que las partes la lleven a efecto expresamente; pero los autores citados se cuestionan si, ante su falta debe entenderse implícitamente establecida, como sería el caso de si un fabricante de cemento se obligase a suministrar una tonelada, en el cual podríamos preguntarnos si estaría implícito o no el pacto de que el cemento contratado es el producido por tal fabricante. Díez-Picazo y Gullón creen que la cuestión es un problema de interpretación de la voluntad de las partes y de los usos del tráfico.

Para la ejecución de una obligación de dar bienes inciertos, es necesario que se efectúe una elección. Este tema, según Saleilles[399], puede revestir tres tipos: el de la separación o individualización, en que se exige un acto que llegue a determinar materialmente el objeto, y se aplica más todavía para las cantidades de cosas; el del envío o expedición; y el de la entrega al acreedor, o sea la tradición, entendiéndose que hasta entonces es permitido volver sobre el elegido. En adición a lo señalado, Lafaille agrega un cuarto sistema, el de la declaración, supuesto que es contemplado por el Código Civil peruano en su artículo 1145.

En este punto debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles cualquier individuo es prácticamente igual a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno de otro (sin introducirles modificación alguna). En los bienes fungibles no

398 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, p. 209.

399 Citado por Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, pp. 135 y 136.

se realizará una elección en sentido estrictamente jurídico, sino una individualización en el sentido común de la palabra[400].

Por ejemplo, serán fungibles una botella de pisco con otra de las mismas características. O si estamos en presencia de una obligación de entregar un automóvil nuevo de una cierta marca y un determinado modelo. Sin embargo, este ejemplo podría llevarnos a anotar —de manera preliminar— una reflexión en el sentido de que si dicho vehículo es un bien fungible o uno determinable. Se podría sostener que se trata de un bien determinable, pues es susceptible de determinación al tener datos que permitan efectuarla (los números de placa, chasis, motor y serie). No obstante ello, la posición contraria también resulta interesante, puesto que, a pesar de ser un bien identificable, dicha identificación —en la práctica— resultaría inútil para el acreedor, ya que le daría lo mismo su entrega como la de cualquier otro vehículo que reúna idénticas características.

Si nos inclinamos por considerar a dicho bien como determinable, porque su elección resultaría factible, esto nos conduciría, para el caso de la transferencia del riesgo, a solución diversa de la aplicable si se tratara de un bien fungible, ya que si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, de ser determinable y haber sido comunicada su elección al acreedor, el deudor quedaría liberado de dicha obligación (la que se habría extinguido), perdiendo el derecho a la contraprestación. En cambio, si lo considerásemos fungible, sería irrelevante si el deudor hubiese comunicado su elección al acreedor, puesto que —de igual manera— tendría que reponer el vehículo perdido por otro similar y cumplir con entregarlo.

Resulta de sumo interés lo anotado por Busso[401], al referirse a las que él denomina como «cosas en serie», en el sentido de que «[...] ciertas cosas producidas en serie son individualizadas por indicación de los caracteres de la serie a que corresponden. Así como ocurre con los automóviles (mediante indicación de marca, modelo, carrocería, etcétera), con las maquinarias, con ciertos artefactos, etcétera. En un caso se resolvió entre nosotros la venta de cosa determinada. Pero el fallo, más que el aspecto civil de la cuestión, se refería a un problema paralelo: si el comprador tenía derecho a examinar la mercadería y a rechazarla si no le conviniera».

Por nuestra parte creemos, en suma, que el ejemplo de los vehículos sería una obligación de dar bien fungible.

Pero en relación al tema de los bienes fungibles y los bienes inciertos se suscita un problema adicional, que muchas veces pasa inadvertido. Debemos precisar que, en torno a este punto, el criterio de la antigüedad del bien podría llegar

400 En este punto, para mayor abundamiento, ver la obra del profesor Gunther Gonzales Barrón (Gonzales Barrón, Gunther. *Op. cit.*).

401 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 32.

a ser de tal importancia que, ante dos bienes físicamente iguales, debamos concluir en que, a pesar de esta situación, dichos bienes no son fungibles. Este tema es obviado en los tratados de Derecho.

Para ilustrar el caso, presentemos el supuesto de un bien fungible cualquiera, que nunca tuvo uso, pero cuya fabricación data de hace cincuenta años. Dicho bien es, se trate de la especie que se trate, uno original. Si el día de hoy la misma fábrica que lo produjo hace medio siglo fabrica uno exactamente igual, este último bien no será un original, sino solamente una réplica. En este caso, a pesar de ser exactamente iguales ambos bienes (lo que en una consideración estrictamente simplista los haría fungibles), podríamos estar ante la situación concreta de que el original valga varias veces más que la réplica. Imaginemos que el bien del que hemos estado hablando sea una moneda o medalla de una serie conmemorativa de cualquier acontecimiento patrio.

Otro elemento que —aunque en menor medida que el anterior— algunas veces pasa desapercibido en lo que respecta a los bienes fungibles y a los bienes inciertos, es el del uso que se le da a un bien. Es evidente que, si hablamos de dos ejemplares completos de los dieciséis tomos publicados de la primera edición de nuestro *Tratado de las Obligaciones*, ambos ejemplares serán fungibles entre sí, por la sencilla razón de que ambos tendrán las mismas características. Está claro también que, si uno de los ejemplares ya hubiese sido leído íntegramente, habrá dejado de ser fungible respecto del otro, pues en esta situación uno será nuevo y el otro usado.

Otro caso sería el del dinero. En esta hipótesis es claro que el dinero es un bien fungible —diríamos, el bien fungible por excelencia—. Sin embargo, poca atención ha merecido el hecho de que el dinero sea un bien identificable, ya que cada billete cuenta con un número de serie distinto de otro. Si la posibilidad de determinar un bien estuviese marcada por la posibilidad de identificarlo o distinguir a ese bien de otros de su misma especie, en el caso de los billetes estaríamos ante uno de bienes determinables. Sin embargo, esto no es así. Estaríamos fuera de toda razón y de todo principio si efectuáramos tal afirmación.

Debe mencionarse, para finalizar este apartado, que el Código Civil peruano de 1984 no ha regulado el tema de las obligaciones de dar bienes fungibles, puesto que esto se resuelve de manera muy sencilla y ágil aplicando las normas y principios que inspiran el Derecho común. Con la razón y el entendimiento basta para otorgar solución a cualquier problema derivado de estas obligaciones.

En este punto queremos también precisar que la obligación de dar bien cierto es aquella que conlleva el grado más preciso de determinación respecto del bien que se tiene que entregar. Resulta de enorme interés recordar lo señalado por el tratadista argentino Eduardo B. Busso[402], cuando precisa que para tener un cuadro

402 *Ibidem*, p. 8.

completo de los diversos grados de indeterminación por los que puede pasar el objeto de una obligación, es menester combinar las varias formas de designación previstas por el Código Civil de su país[403]. Así, Busso efectúa en una determinación decreciente el siguiente orden escalonado:

1. Obligación de cosa cierta.

2. Obligación de cosa cierta y determinada, en que la certidumbre del derecho del acreedor se ve limitada por la facultad de sustitución en el pago que se reconoce al deudor (obligaciones facultativas).

3. Obligación de cosa cierta a determinar entre varias cosas ciertas que se designan individualmente en el título (alternativas).

4. Obligación de una cosa a determinar entre un grupo de cosas designado colectivamente en el título (*incertum ex certis*; un caballo de mi estancia [...]).

5. Obligación de una cosa no fungible, designada sólo por el género y que deberá determinarse entre todas las que integran el género (genéricas; por ejemplo, un caballo [...]).

6. Obligación de una cosa fungible o de una cantidad, designada solamente por la especie y calidad (obligaciones de cantidad; por ejemplo, cien litros de vino [...]).

Otro ejemplo de obligación de entregar bienes fungibles es aquel en el cual una persona solicita en una bodega una cajetilla de cigarrillos marca Winston y existen en el mostrador cien cajetillas de esa marca. En este caso, el deudor (el bodeguero) entregará al comprador una cajetilla cualquiera de las cien que tiene (siempre que esté en buen estado), a su exclusiva decisión, sin que se apliquen las reglas de elección. En este supuesto, la incertidumbre se genera porque el acreedor no sabe cuál de las cien cajetillas le será entregada.

Sin embargo, podrá darse el caso en que la diferencia entre el dar bienes inciertos y el dar bienes fungibles dependa de la forma en que se ha constituido la obligación. Si fuese el caso en que un deudor se obligase frente a una persona a entregarle «cien cajas de botellas de una bebida gaseosa», aquí sí habría elección, ya que el deudor tendrá que escoger cien cajas de una bebida gaseosa de una marca entre todas las existentes. Sin embargo, las botellas seguirán siendo bienes fungibles. Como vemos, aquí sí se aplicarían las reglas de la elección, la que se produciría entre las diferentes marcas de gaseosas.

403 Obviamente, estamos hablando del Código de Vélez Sarsfield. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

LEANDRO MARIO CASTILLO FREYRE

En palabras de Cazeaux y Trigo Represas[404], aun tratándose de cosas fungibles, es necesario prevenir que con respecto a ellas puede usarse una manera de obligarse que sea en realidad una contratación sobre objetos ciertos y, por lo tanto, no serían aplicables las normas del Código referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas. Los mencionados tratadistas citan como ejemplo el contrato sobre cosas fungibles por conjunto, que ocurriría si se prometiera la entrega de toda la cosecha de maíz de la chacra tal, del trigo que está almacenado en el galpón «A», etcétera.

Resulta interesante, al abordar el tema de los bienes inciertos y los bienes fungibles, y no obstante haberlo señalado anteriormente, determinar a cuál de las dos categorías pertenece el dinero. Luis de Gásperi[405] recuerda la opinión de Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino, en el sentido de que las obligaciones de dar sumas de dinero pertenecen a aquellas de dar bienes inciertos no fungibles, lo que es reiterado por los artículos 603, 604, 607 y 609 del mencionado Código Civil. De Gásperi realiza un estudio muy prolijo acerca de las diferencias que pueden existir entre las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de dar bienes inciertos. Él señala que históricamente, desde el Derecho romano hasta nuestros días, siempre el dinero fue considerado entre las cosas fungibles, al extremo que ningún otro bien se acomoda tanto a la definición del artículo 2324 del Código argentino, en el sentido de que son cosas fungibles aquéllas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras, de la misma calidad y en igual cantidad.

De Gásperi efectúa el siguiente razonamiento para sostener que la obligación de dar una suma dineraria corresponde a las obligaciones de dar bienes inciertos más que a las de dar bienes fungibles:

> Mas, apenas si hay necesidad de reflexionar un instante para advertir que el dinero ocupa, entre las cosas fungibles, posición especial. A las partes que contratan una compraventa de trigo les bastará, por lo común, indicar la cantidad y calidad a entregarse, para que la cosa vendida sea cierta y determinada. El trigo existe en la naturaleza. No habría manera de equivocarse a su respecto. El que estipula, en cambio, una suma de cien dólares, o de mil francos, o de mil libras esterlinas, no está en la misma situación del que se ha hecho prometer cien toneladas de trigo o de arroz o de maíz, pues siempre cabría averiguar ¿de qué dólares, de qué francos o libras se trata? Existe el franco oro, el franco papel, la libra de oro, la libra de papel. El dólar posterior a 1934 no es el mismo dólar anterior a ese año, en que sufrió importante depreciación. El franco belga de 1935 no es el mismo de 1926, por la disminución de valor que sufrió. El franco suizo de 1936 no es

404 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 560 y 561.

405 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 227 y ss.

equivalente al anterior, por la alteración de su contenido-metal. Y así sucesivamente, de suerte que una obligación de mil francos suizos contraída en 1935 y pagada en 1937, por ejemplo, pudo traducirse en pérdidas para el acreedor. Tiene esta pérdida que ver con la alteración del peso y ley de las monedas, de antiguo practicada por el Estado, en virtud del poder que se le conoce de acuñarlas. Puede arbitrariamente el soberano modificar el valor de su moneda por la sustitución del metal por otro, o por la modificación del peso del metal por un mismo valor nominal, o por la alteración del título, etc. Mutaciones son éstas a que no se hallan expuestas las obligaciones de dar trigo, arroz, maíz, huevos, etc., porque devaluación o revaluación es imposible. Viene de aquí que, entre las cosas fungibles, presente el dinero una «diferencia específica». En el comercio, no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro. El dinero no se determina por caracteres físicos, por unidades corpóreas, o por masas materiales, como el *genus* que procede de la naturaleza. El dinero, en el comercio, se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad (marco, franco, lira, etc.), o, más exactamente, como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad; dicho en una palabra, como «X» veces la misma unidad. Ésta es de naturaleza ideal, pero se materializa, con arreglo al criterio del comercio, en los signos monetarios, y, en cada momento, según una relación numérica determinada por la clase de moneda de que se trate.

Suponiendo que en un kilo de arroz concurran por lo común diez mil granos de este cereal, nadie, al contratar su compraventa, fija el precio del kilo en relación al valor de un grano multiplicado por diez mil, sino a su "cantidad", de que el "peso" (kilo) es la "medida". Acontece lo contrario con el dinero. Quien lo da o lo recibe, no atiende a su "peso", sino a su "número", de donde viene que sea más correcto decir "sumas", que "cantidades" de dinero. Si éste consiste en moneda, su cuño dispensa al tomador de comprobar las cualidades materiales de la cosa utilizada como tal. Si es billete de Estado, la autenticidad de su diseño. Cien pesos fuertes de curso legal, es continente de cien veces la unidad "un peso", la cual no tiene, fuera del dinero, existencia material.

Consideramos que De Gásperi confunde el tema de la fungibilidad del dinero, al hablar de diversas unidades monetarias dentro del mismo país, y hasta dentro de la misma denominación, pero que responden en realidad a criterios diferentes, puesto que, a pesar de llamarse igual, no son la misma moneda (unidad monetaria). Nosotros creemos que, dentro de un mismo signo monetario, todas sus unidades son fungibles entre sí (entendiendo que el dinero está formado por unidades monetarias idénticas y, por lo tanto, intercambiables y equivalentes todas ellas entre sí).

No obstante la distinción conceptual existente entre las obligaciones de dar bienes fungibles y las de dar bienes inciertos, el Código Civil peruano de 1984 no

reguló aquéllas, ya que entiende que no existe razón valedera para regir de manera diferente ambos tipos de obligaciones, pues, señala Bibiloni, autor del Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino de 1929, a los efectos jurídicos que se tienen en cuenta, no interesa que las cosas debidas sean fungibles o no fungibles, pues la indeterminación que resulta del título debe cesar en la misma forma en uno y otro caso; agrega que las operaciones de pesar o medir, como forma de individualizar, corresponden a la ejecución de la obligación, y, por otra parte, se aplican igualmente a las obligaciones de cosas no fungibles.

Por otra parte, debemos diferenciar también a los bienes inciertos de los bienes futuros. Los bienes futuros se asemejan a los determinables en que en ambos casos existe incertidumbre, pero mientras los bienes inciertos pueden ser existentes o no, los bienes futuros son —respecto del contrato celebrado o la obligación originada— inexistentes (aunque puedan tener existencia material)[406].

Sobre este particular, la jurisprudencia nacional[407] ha señalado que «En la doctrina se entiende por bien futuro al bien actualmente inexistente como objeto autónomo de derecho de goce, pero susceptible de llegar a existir. En tal sentido, son bienes futuros tanto los que no existen en *natura*, como los bienes existentes en *natura* que no son de propiedad de alguien pero que son susceptibles de ocupación, los productos de obras que aún no tienen individualidad económica y los productos naturales que todavía no se han desprendido del bien del que proviene».

Debemos distinguir también a las obligaciones de dar bienes inciertos de aquellas obligaciones consistentes en dar cantidades de cosas. Estas últimas no han merecido un tratamiento específico dentro de nuestro Código Civil, tal como sí lo han merecido en otros cuerpos legislativos, como es el caso del Código Civil argentino, en sus artículos 601 a 605. Según Eduardo B. Busso[408], comentarista de dicho Código, «Llamamos cantidades de cosas a aquéllas que no tienen, en los límites de un género determinado, ningún valor individual, en forma tal que para ellas todo valor sólo es determinado por el número, peso o medida, y es indiferente la distinción individual». No obstante la omisión del Código Civil peruano respecto de la regulación de esta clase de obligaciones, nosotros entendemos que ellas se solucionan por los principios generales que regulan el tema de las obligaciones de dar bienes inciertos. Adicionalmente,

406 Para mayor ilustración sobre el punto, remitimos a la lectura del tema tratado en la obra *El bien materia del contrato de compraventa*, de Mario Castillo Freyre —coautor de este trabajo—. (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. *Op. cit.*, pp. 148-159).

407 Expediente n.° 79-99-Lima. En Cajas Bustamante, William. *Código Civil*. Lima: Rodhas, 2006, p. 269).

408 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 193.

debemos señalar que la doctrina moderna tiende a regular ambas clases de obligaciones bajo el mismo régimen[409].

Es necesario también, en este punto, efectuar una distinción entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las obligaciones alternativas. Este tema, que en nuestros días no merece mayores dificultades, no siempre siguió el mismo camino. Prueba de la confusión de ideas que ha generado el punto son las expresiones que al respecto vierte el famoso Giorgi[410].

Por su parte, José León Barandiarán[411] sí establecía una distinción entre ambos tipos de obligaciones:

> La obligación genérica importa situación distinta a la obligación alternativa. En la obligación genérica el deudor presta una cosa dentro del grupo a que la misma pertenece. En la obligación alternativa el deudor presta una de las varias cosas debidas. En la última, pues, todas las cosas que constituyen el objeto de la convención son debidas, están *in obligatione*; en la primera ninguna cosa es debida, ninguna está *in obligatione* antes de la respectiva individualización. De aquí que la obligación resulta extinguible tratándose de la alternativa, cuando las dos o todas las varias cosas que forman el contenido de la misma se pierden fortuitamente; lo que no sucede tratándose de la obligación de cosa indeterminada, que sólo podría devenir inexigible cuando toda la especie hubiese desaparecido. La nota de individualización o concentración, opera en la obligación de cosa señalada únicamente en su especie; lo que no tiene lugar en las obligaciones alternativas. La determinación propia de los dos o de los varios objetos prometidos, caracteriza a la obligación alternativa; lo cual no ocurre con la obligación de dar cosa indeterminada, pues en esta última, la indeterminación en cuanto al objeto de la obligación, es lo que identifica a esta misma, por más que en esa indeterminación quepa una relatividad mayor o menor, según las circunstancias. Tales características, propias de cada una de las dos clases de obligaciones antes referidas, impide el confundirlas. No obstante, el funcionamiento de una y otra puede asociarse, como lo indicamos en otro lugar.

También son de interés los términos que al respecto expresa Antonio Hernández Gil[412], cuando sostiene que «[...] media una importante diferencia derivada de que, en las genéricas, las varias posibilidades de la prestación están entre sí unidas por la común pertenencia al género, de manera que éste dota al objeto de la obligación de homogeneidad, mientras en las obligaciones alternativas las

409 Sin embargo, resulta interesante observar las distinciones que algunos autores establecen entre ellas. Para tal efecto, recomendamos consultar a Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 376.

410 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, p. 460.

411 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 38-40.

412 Hernández Gil, Antonio. *Op. cit.*, p. 132.

posibilidades de la prestación pueden ser entre sí heterogéneas —por ejemplo, deber la finca rústica X o un millón de pesetas—, lo cual no significa que falle toda idea de unidad, pues concurre desde otro punto de vista».

Por nuestra parte, debemos señalar que no deben confundirse las obligaciones de dar bienes inciertos con las obligaciones alternativas. En las primeras nos encontramos frente a una obligación de objeto único, es decir, de una sola prestación, la que consiste en entregar un bien, que deberá ser elegido de entre la especie a la que pertenece; lo que equivale a decir que lo escogido para entregar debe ser un bien entre varios, pero dentro de una sola prestación. En cambio, en las obligaciones alternativas, observamos a una obligación con objeto plural, vale decir que comprende dos o más prestaciones de dicho carácter. En las obligaciones alternativas lo elegido deberá ser una de las prestaciones entre todas ellas, no un bien.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual se mezclan los conceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos con aquellos de las obligaciones alternativas: cuando nos encontramos ante una obligación con prestaciones alternativas en la cual la prestación elegida para efectuar el pago sea una de dar bienes inciertos, caso en el que será necesario efectuar una segunda elección, esta vez ya no referida a prestación alguna (pues ésta ya se escogió), sino relativa a la elección del bien que dentro de la especie a la que pertenece servirá para la ejecución de la prestación elegida.

También debemos señalar que en nuestro medio se ha sostenido que el tratamiento que efectúa el Código Civil peruano de 1984 respecto a este tipo de obligaciones deviene en incompleto y, por lo tanto, en deficiente[413].

Nosotros no compartimos tal planteamiento —por lo demás antiguo y no reivindicado en tiempos modernos—, dado que la tendencia moderna de la legislación y la doctrina es regular el tema de las obligaciones genéricas, prácticamente con los preceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos. Esto, porque a la materia de las obligaciones de dar cantidades de cosas le es de entera aplicación el conjunto de principios que informan a las obligaciones de dar bienes inciertos, porque las obligaciones de dar bienes fungibles no requieren —prácticamente— de ninguna regulación, ya que los problemas que pudieran suscitar se resuelven por las reglas del Derecho común, derivadas de su naturaleza; y, por último, las obligaciones alternativas son reguladas juntamente con las facultativas, y ambas (*aunque en el terreno teórico mas no legislativo*)[414], con las conjuntivas, constituyendo el rubro que clasifica a las obligaciones por la pluralidad de objetos.

413 Tal planteamiento fue sostenido —entre otros— por Horacio Gago Prialé (Gago Prialé, Horacio. «Obligaciones genéricas en el Código Civil peruano». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 6. Lima, 1987, pp. 64 y ss.).

414 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Reglas para elección de bien incierto

Artículo 1143.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

1. Fuentes nacionales del artículo 1143

Dentro de la legislación colonial, encontramos en las *Partidas*, la Ley 23, Título IX, Partida Sexta.

El artículo 1143 del Código Civil vigente registra antecedentes en casi todos los códigos y proyectos de código que se han elaborado en nuestro país. Así, comenzaremos por citar el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, en su artículo 23: «Toda obligación debe ser determinada a lo menos en cuanto a su especie, aunque quede incierta sobre el peso, número o medida».

Así legisló el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, con el artículo 839: «Si la deuda es de cosa determinada sólo en especie, el deudor para librarse no podrá ser obligado a darla en la mejor, pero tampoco podrá ofrecer una mala»; y el Código Civil de 1852, con el artículo 2228: «Si la cosa debida sólo está determinada en especie, cumplirá el deudor con entregar una que no sea de calidad ínfima».

Merece especial mención el Proyecto de Código Civil de 1890, que regulaba el tema en dos normas: artículo 148: «Cuando la obligación de dar tiene por objeto una cosa incierta o indeterminada, no consumible, corresponde la elección al deudor; pero éste no puede escoger una cosa de la peor calidad en la especie; y si se ha reservado la elección al acreedor, éste no puede escoger una cosa de la mejor calidad.— Determinada o individualizada la cosa por la elección del deudor, o del acreedor, la entrega está sujeta a los principios que rigen las obligaciones de dar cosa cierta.— El deudor no puede eximirse de cumplir la obligación, alegando que el objeto de ésta se ha perdido o deteriorado por fuerza mayor o caso fortuito realizados antes de la determinación de la cosa»; y artículo 2009: «El deudor de una cosa individualmente determinada está obligado a entregarla

en el estado en que se halle, y no responde de los deterioros, a no ser que provengan de su culpa.— Si la cosa debida sólo está determinada en especie, cumple el deudor con entregar una que no sea de calidad ínfima».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba sobre el particular en sus artículos 132: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por el género y por la cantidad, la elección pertenece al deudor, cuando lo contrario no resultare del título de la obligación»; 133: «Para el cumplimiento de estas obligaciones, el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie, ni el acreedor la de mejor calidad, cuando se hubiese convenido en dejarle la elección»; y 212: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior».

Lo propio hizo el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, con sus artículos 123: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por la especie y por la cantidad, la elección pertenece al deudor, cuando lo contrario no resultare del título de la obligación»; 124: «Para el cumplimiento de estas obligaciones el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad, cuando se hubiese convenido en dejarle la elección»; y 202: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla en la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trató el tema en su artículo 1169: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación.— El deudor no podrá escoger cosas de la peor calidad; ni, a su turno, el acreedor las de mejor calidad, cuando se hubiese convenido dejarle la elección». El Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1179 con la siguiente redacción: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación. El deudor no podrá escoger cosas de la peor calidad; ni, a su turno, el acreedor las de mejor calidad, cuando se hubiese convenido dejarle la elección».

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, abordó el tema en su artículo 10: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación.— La parte a quien corresponda la elección debe escoger cosas de calidad no inferior a la media»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en su artículo 17: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultase de la

ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.— Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1159: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.— Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 111: «En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.— Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media».

2. Análisis

2.1. Generalidades

El artículo 1143 del Código Civil peruano de 1984 dispone en su primer párrafo que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Esta situación responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede efectuar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad, referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato[415].

415 Sobre este particular, resulta interesante la opinión de León Barandiarán en relación al artículo 1179 del Código Civil de 1936 (León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 41 y 42).

2.2. Características del bien

El punto que despierta mayor interés en el artículo 1143 es el relativo a los requisitos que debe reunir el bien a escoger en relación con quien efectúe la elección: si se tratase del deudor, éste deberá escoger bienes de calidad no inferior a la media; si correspondiese al acreedor, deberá escoger bienes de calidad no superior a la media; y, por último, si correspondiese a un tercero, éste deberá escoger bienes de calidad media. La norma tiene carácter dispositivo, permitiendo su derogación por convención en contrario. Esta opción es asumida por la generalidad de la doctrina, aunque no necesariamente de manera tan precisa. Así, tenemos la opinión de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[416], quienes sostienen que cuando la obligación consista en la entrega de una cosa genérica, cuya calidad y circunstancias no se hayan expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de la calidad superior, ni el deudor entregar la de calidad inferior.

Antes de efectuar cualquier consideración al respecto, debemos tratar de absolver la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse por calidad media?

La respuesta a esta interrogante no es fácil. Para ilustrar la complejidad del asunto, vamos a citar los conceptos que al respecto vierten Alterini, Ameal y López Cabana[417]:

> ¿Qué se entiende por «calidad media»? Nosotros compartimos el criterio de Greco: de existir siete tipos de calidades —por ejemplo—, no podría el acreedor elegir cosa de la calidad Número 1, ni el deudor cosa de la calidad Número 7, pero podría el acreedor elegir cosa comprendida en las calidades 2 y 3, y el deudor cosa comprendida en las calidades 6 y 5. No cabe concluir que ambos deban elegir, cuando esa facultad les corresponda, cosa de la calidad Número 4. O sea que, por calidad media, se entienden las cosas «comprendidas entre la mejor y la peor»; sólo se excluyen, pues, la mejor y la peor, según sea quien elige.

Por nuestra parte, debemos expresar que no compartimos los conceptos citados, pues creemos que aquélla —la de definir por exclusión— resulta la manera menos certera de establecer qué debe entenderse por «calidad media», además de no solucionar nada, por la vaguedad de sus conceptos y de las categorías que pueden, en tal hipótesis, estar comprendidas en ella.

Para empezar a tratar de resolver el problema, en primer lugar, vamos a recurrir a la Real Academia Española[418]. Aquí se dice que «calidad» es la «propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor».

---

416 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, p. 207.

417 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Op. cit.*, tomo II, p. 95.

418 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22.ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 2005, tomo IV, p. 272.

De la definición señalada extraemos una primera conclusión en el sentido de que sólo podemos hablar de calidad, en el punto materia de análisis, cuando estemos ante bienes de la misma especie, propios de una obligación con prestación de dar bienes indeterminados, pero determinables.

Sin embargo, en realidad aún no hemos despejado el problema central que nos trae el tema de la calidad, ya que más allá de la definición de este término, no hemos precisado cómo podemos apreciar la calidad de un bien.

En tal sentido, consideramos que no existe un criterio único destinado a otorgar una categórica respuesta a esta interrogante. Debemos analizar cada caso en particular para ver qué debe entenderse por calidad de un bien.

Para ello vamos a utilizar varios ejemplos, a nuestro entender suficientemente ilustrativos.

Si la obligación con prestación de dar un bien incierto consiste en dar un libro de la biblioteca de Derecho del deudor, si éste debe realizar la elección, tendrá que escoger un libro de calidad no inferior a la media; si le corresponde al acreedor, uno de calidad no superior a la media; y si le corresponde a un tercero, un libro de calidad media.

En primer lugar, para el caso anotado, podría tenerse presente el valor de los libros que forman dicha biblioteca. Definitivamente, si la gran mayoría de libros oscila en un valor de 60 dólares americanos, por ejemplo, tal será el valor medio.

Sin embargo, éste sólo sería un acercamiento al tema, pues se debería tener en cuenta, además, la calidad del material con que están confeccionados dichos libros. Por ejemplo, si la gran mayoría están empastados, y sólo algunos revisten una calidad inferior o superior a la señalada, dicha calidad de encuadernación será la calidad media.

Pero todo no queda allí; también habrá que considerar la calidad de las hojas de los libros para llegar a similares conclusiones.

Y, por si fuera poco, no olvidemos que tratándose de libros lo fundamental para determinar la calidad media de éstos será conocer su contenido.

De modo tal que, para pronunciarnos sobre un libro de calidad media de esa biblioteca de Derecho, deberemos efectuar un análisis múltiple, considerando los criterios mencionados y algunos otros que resulten complementarios y de utilidad para tales efectos (idioma mayoritario, grado de conocimiento de sus autores, materias sobre las que versan, etcétera).

Resulta pertinente, en este punto, citar las palabras de Dianora Poletti[419], cuando señala que

419 Poletti, Dianora. En Breccia, Umberto y otros. *Diritto Privato*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 2003, p. 254.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> [...] el deudor ha de entregar una cosa «de la especie y calidad medias [...]», y, en tanto otra cosa no se haya estipulado, puede elegir el objeto o la cantidad determinada que el acreedor debe recibir; pero desde luego no podrá escoger objetos de peor calidad o —en caso de que la clase no esté determinada— de la clase más inferior. Las cosas entregadas han de corresponder al tipo medio de su género. Pero el mismo género puede estar más o menos delimitado; se puede vender, por ejemplo, coles de una cierta clase, o, sencillamente, coles, huevos de cierto peso, o sencillamente huevos. En el primer caso la prestación ha de corresponder al promedio de esta especie o clase, en el segundo, únicamente a aquel de la totalidad del género de la mercancía de que se trate. Si los objetos entregados no son de especie y calidad media, el acreedor no está obligado a aceptarlos como cumplimiento de la obligación. Pero si corresponden a clase superior a la media, por el hecho de haberlos elegido y entregado el deudor, son ya los únicamente debidos [...]; en este último supuesto no se tendría en cuenta una reclamación basada en que dichos objetos no eran los adeudados.

De lo mencionado podemos observar que no resulta fácil definir qué se entiende por calidad media de un bien. Para obtener un resultado acorde a la definición de la Real Academia Española, debemos actuar con extremo cuidado para combinar adecuadamente todos los criterios expuestos.

Debe advertirse, contra lo que muchas veces se adopta como creencia generalizada, que el precio de un bien no siempre está en directa relación con sus cualidades, ya que un bien de excelentes cualidades y materiales de construcción o elaboración puede tener un precio de mercado (valor) inferior al de otros bienes de su misma especie.

Para ilustrar esos casos vamos a señalar un ejemplo ya clásico en la historia de la aviación comercial. Durante la década de los años sesenta del siglo xx, en la que se produjo el auge de los aviones comerciales a retropropulsión (*jets*), que sustituyeron a los turbohélices, se fabricaron tres aviones construidos por distintas firmas estadounidenses, en apariencia con similares características externas, pero que alcanzaron destinos muy diferentes. En primer lugar, el Boeing 707, fabricado por la Boeing Aircraft Corporation; en segundo lugar, el Mc Donnell Douglas DC-8, fabricado por la Mc Donnell Douglas Corporation; y, por último, el Convair 990, producido por la empresa General Dynamics.

Fue muy conocido el hecho de que el avión fabricado por la tercera empresa revestía mejores materiales y acabados de producción que los dos primeros. Sin embargo, el éxito comercial de estos dos fue enormemente superior al del tercero, pues los Boeing 707 y los DC-8 se produjeron por centenares durante tres décadas. A pesar de ser un avión de «mayores calidades» no resultó el Convair 990 uno de mayor éxito comercial ni de más aceptación entre las empresas de aviación comercial. Esto llevó a que los equipos de sus dos competidores fueran altamente cotizados, mientras que de dicha aeronave sólo se fabricaron algunas decenas de

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

unidades, que años más tarde terminaron casi en su integridad en los cementerios de aviones de los Estados Unidos, mientras sus dos competidores seguían surcando los cielos del mundo entero.

En el mercado aerocomercial, un avión DC-8 o un Boeing 707 valía muchísimo más que un Convair 990, a pesar de que nadie discutía las calidades de este último aparato. Sencillamente fracasó por tener menor capacidad de pasaje, por la calidad de algunos de sus componentes que originaban mayores costos de mantenimiento y, fundamentalmente, por el alto consumo de combustible.

Ahora bien, si en esos días se hubiese celebrado una compraventa con la obligación de dar un bien incierto consistente en un *jet* cuatrimotor, y hubiese tenido que elegir la compañía deudora (supuesto sólo admisible con fines didácticos) ciñéndose a los criterios de calidad exclusivamente, es evidente que habría preferido elegir el avión Convair 990, por ser el más barato, pero aduciendo en defensa de su elección que se habría tratado del aparato de la mejor calidad, lo que en estricto resulta indiscutible. Y si la elección estuviese a cargo del acreedor, sin duda habría elegido cualquiera de los otros dos (que resultan ser los más costosos), pero habría amparado su elección en el argumento de que constituyen aviones de la calidad media de dicho conjunto de tres.

Nuestro ejemplo, con fundamento históricamente cierto, refleja claramente los peligros que implicaría adoptar criterios estrictos respecto de la calidad de un producto sin tener en consideración su valor comercial (precio), tal y como podría resultar, del primero de nuestros ejemplos, un caso injusto el hecho de que el deudor elija un libro muy bien encuadernado y de papel de muy buena calidad, pero de un contenido a todas luces deficiente.

Para el caso de la calidad de los bienes sería de aplicación aquel anónimo refrán que reza: «No todo lo que brilla es oro».

Sin embargo, antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1143, debemos decir que será fácil su aplicación mientras nuestro universo o especie sea de un número reducido, mas no lo será si fuese muy grande. Por ejemplo, si me obligo a entregar un cuadro, ¿cuál es la calidad media de entre todos los cuadros del mundo? Escoger un cuadro de calidad media será difícil. Distinto sería el caso de un cuadro pintado por Fernando de Szyszlo. Aquí sí podría determinarse la calidad media.

Si me obligo a entregar un caballo de carrera, será algo difícil determinar la calidad media de todos los que corren en el mundo; pero sería sencillo, en cambio, determinar la calidad media de todos los que corren en el Hipódromo de Monterrico, en razón de existir datos estadísticos fidedignos que reflejan el rendimiento y características de cada ejemplar.

No obstante estas reflexiones, que nos conducen a estar —en algunos casos— frente a una dificultad práctica de aplicar el criterio de la calidad media, debemos

concluir en que cuando se trata de una especie muy amplia, es necesario circunscribir nuestras consideraciones respecto de la calidad media al ambiente geográfico donde se ha pactado o donde se cumplirá la prestación, pues de lo contrario sería en extremo complicada la aplicación de la elección del bien que se tuviese que entregar. Pero no dudamos que, en estos casos, el elemento «valor» jugará un papel extremadamente importante.

2.3. Carácter de la función del tercero encargado de la determinación del bien

Antes de emitir nuestra propia opinión sobre la naturaleza jurídica del tercero encargado de la determinación del bien, consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones acerca de las diversas tendencias de opinión sobre el particular, básicamente extraídas del estudio que la doctrina hace del tercero al cual las partes encargan la determinación del precio en un contrato de compraventa.

2.3.1. Árbitro

En primer lugar, analizaremos la posición que sostiene que se trata de un árbitro.

«Árbitro»[420], para la Real Academia Española, tiene diversas acepciones, entre las que destacan: «Dicho de una persona: que puede hacer algo por sí sola sin dependencia de otro. Persona que en algunas competiciones deportivas cuida de la aplicación del reglamento. Persona que arbitra en un conflicto entre partes. Persona cuyo criterio se considera autoridad».

En el vocablo «juez»[421], encontramos en el término «juez arbitrador» la siguiente definición: «Juez en quien las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias». En el vocablo «arbitrio»[422], se hace referencia a la «Facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra».

Por otra parte, debemos precisar que el contrato de arbitraje o convenio arbitral, básicamente está destinado a suplir al Poder Judicial.

La función supletoria del arbitraje debe revestir similar carácter que la del Poder Judicial, y a este último los particulares podrán recurrir cuando consideren tener una pretensión que exigir, amparada esta última por un derecho, mas no se podría recurrir a él (ni tampoco al proceso arbitral) si lo que se tiene no es la pretensión de un derecho, sino la voluntad de concluir el contenido de un acto jurídico.

Como dicen algunos autores franceses, los tribunales no tienen como función ayudar a las partes a contratar. Para ello no han sido establecidos, ni tampoco

420 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española. Op. cit.*, tomo III, p. 132.
421 *Ibidem*, tomo XI, p. 898.
422 *Ibidem*, tomo III, p. 131.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con ese fin se ha instituido el convenio arbitral. Los tribunales y los árbitros tienen, entre otras funciones, el dirimir sobre las diferencias de las partes en cuanto a la ejecución de las obligaciones propias de los contratos ya celebrados por ellas, pero nunca podrán intervenir en la conclusión de éstos.

Queremos dejar en claro que el tercero designado por las partes no puede ser considerado árbitro, ya que ésta es una función que no le corresponde.

2.3.2. Perito

Respecto a la opinión que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como con la posición anterior, ya que el problema reviste diversos matices.

El tercero podrá desempeñar su función dependiendo de algunas consideraciones, como, por ejemplo, la misión que le han encomendado las partes y sus conocimientos respecto del bien cuyo valor va a determinar; y esta misión podrá consistir en un mero arbitrio o en un arbitrio de equidad.

Así, el tercero podrá ser designado por las partes exclusivamente en razón de la confianza y credibilidad en su persona; por ejemplo, que un hermano venda a otro un libro de Derecho —entre varios libros de Derecho Civil—, y, al no ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos constituirá el objeto de la venta, pero deseando concluir el contrato, se pongan de acuerdo para que la madre de ambos escoja el libro. Será evidente que los hijos habrán recurrido a la madre a fin de que a criterio suyo elija dicho libro, pero los hijos no habrán contratado en el entendido de que la madre hará una apreciación fundamentada en sus conocimientos respecto de los valores objetivos de textos similares al que es objeto de dicho contrato. Los hijos se habrán remitido a su mero arbitrio.

Distinto sería el supuesto en el cual estos hermanos remitiesen la elección del libro vendido a una persona que ocupase, en ese momento, el cargo de jefe de compras de la biblioteca central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya que esta persona tiene la capacidad y conocimientos suficientes para determinar el libro con carácter equitativo, debido a que, dada su versación en la materia, podrá calcular, de manera bastante aproximada, cuál de ellos es de la calidad promedio. Será evidente que los hermanos habrán querido remitirse a su arbitrio de equidad o arbitrio *boni viri*.

Retomando la posición que sostiene que la función del tercero es la de un perito, queremos señalar que no siempre se dará esta característica en el tercero. Sin embargo, sería susceptible de presentarse en caso de que las partes remitan su decisión al arbitrio de equidad, precisando que además dicho tercero deberá reunir los conocimientos suficientes como para ser considerado un experto en la materia.

ESTUDIO MARIO CASTAÑO FEYRE

Es necesario aclarar que nunca podrá ser considerado perito el tercero elegido por las partes tomando en consideración, exclusivamente, sus cualidades personales y no técnicas.

2.3.3. Arbitrador

Esta posición es sostenida —aunque respecto del precio en el contrato de compraventa— por un sector minoritario, pero importante de la doctrina.

Los autores que la propugnan se basan, fundamentalmente, en una distinción hecha por Luis Díez-Picazo. Esta sólo es recogida explícitamente en nuestro país por Manuel de la Puente y Lavalle[423], ya que los otros autores que mencionan el término «arbitrador» no fundamentan dicho criterio.

Por nuestra parte, consideramos que la distinción entre árbitro y arbitrador no puede ser hecha válidamente en cuanto a nuestro idioma se refiere. Sin embargo, creemos que la distinción efectuada por la doctrina reviste validez. En tal sentido, «arbitrador» será el tercero cuya decisión, sin formar parte de un procedimiento arbitral, venga a definir o complementar aquellos puntos sobre los cuales las partes contratantes todavía no se hayan puesto de acuerdo, mientras que «árbitro» sería la persona designada por las partes para que resuelva una controversia surgida entre ellas, derivada de la ejecución de sus obligaciones contractuales.

En tal sentido, el arbitrio a que se refiere la última parte del segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil peruano sería efectuado por arbitradores, los que podrían ser meros arbitradores o arbitradores de equidad (artículos 1407 y 1408 del Código Civil).

2.3.4. Mandatario

Consideramos a esta posición como correcta debido a que cuando las partes delegan en un tercero la función de elegir el bien a entregar, y este tercero acepta tal misión, estaremos en presencia, sin lugar a dudas, de un contrato de mandato, el cual es definido por el artículo 1790 del Código Civil como aquel por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.

En nuestro caso, no habría uno sino dos mandantes (ambos contratantes) y uno o más mandatarios (el o los terceros).

Consideramos que el supuesto bajo análisis reviste como característica fundamental ser un mandato con representación, ya que la determinación del bien por parte del tercero surtirá efecto entre las partes desde el momento en que se produzca la elección y su comunicación a éstas, y tendrá plenos efectos entre ellas, tal como si éstas lo hubiesen elegido.

423 En De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, primera parte, tomo III.

Luego de analizar cada una de las posiciones que la doctrina ha establecido acerca de la naturaleza jurídica del tercero, queremos precisar ciertos conceptos.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato por el cual el tercero es el mandatario y los contratantes son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de escoger el bien determinable y hacerlo determinado, para su posterior entrega.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues éste ya ha sido concertado por los contratantes.

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos precisar la función que cumple el tercero como mandatario de aquéllos.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro, por los fundamentos expuestos cuando analizamos tal posición doctrinaria.

En segundo término, y tal como ha sido señalado por nosotros, admitimos la posibilidad de que se trate de un perito, en el supuesto que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio *boni viri*).

Por último, hemos sostenido la posibilidad, efectuando una distinción entre los términos árbitro y arbitrador, que se trate de este último.

En conclusión, opinamos que tres de las cuatro posiciones doctrinarias revisten certidumbre, pero que ninguna de ellas, por sí sola, puede esclarecer por completo el problema que afrontamos.

En efecto, respecto al contrato que liga al tercero con los contratantes, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo un mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, éste podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario-arbitrador, será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario-arbitrador-no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se tratase de un mandatario-arbitrador-perito, estaremos, necesariamente, en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes habrán, precisamente, escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente, podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

(a) Primera posibilidad



(b) Segunda posibilidad

Mandatario-arbitrador-perito-arbitrio de equidad

Debe subrayarse, sin embargo, que, en cualquiera de las posibilidades anotadas, ese arbitrador deberá escoger bienes de calidad media.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Plazo para la elección

Artículo 1144.- A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

1. Fuentes nacionales del artículo 1144

Este artículo no registra antecedentes en los siguientes cuerpos normativos: Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; Código Civil de 1852; Proyecto de Código Civil de 1890; y Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925.

El primero en tratar el tema fue el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en sus artículos 146: «Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera en la omisión, la elección corresponderá al acreedor» (esta norma pertenece a las obligaciones alternativas y facultativas); y 233: «Si la cosa debida fuere indeterminada y la elección compitiera al acreedor, el deudor debe hacer la intimación judicial para que verifique la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá verificarla procediendo en lo demás como en el caso del artículo anterior».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, hizo lo propio en sus artículos 1190: «Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera en la omisión, la elección corresponderá al acreedor»; y 1254: «Si la cosa debida fuere indeterminada y la elección correspondiera al acreedor, debe el deudor hacerle intimación judicial para que verifique la elección. Si rehúsa hacerla, el deudor podrá verificarla, procediendo en lo demás como queda establecido».

Posteriormente, el Código Civil de 1936 también trató sobre el particular en sus artículos 1200: «Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera

WWW.FONDOEDITORIAL.PUCP.EDU.PE

en la omisión, la elección corresponderá al acreedor». (Debe señalarse que esta norma correspondía a las obligaciones alternativas y que se aplicaba por analogía a las obligaciones de dar bienes inciertos —determinables—); y 1263: «Si la cosa debida fuese indeterminada y la elección correspondiera al acreedor, debe el deudor hacerle intimación judicial para que verifique la elección. Si rehúsa hacerla, el deudor podrá verificarla, procediendo en lo demás como queda establecido».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, no trató sobre el particular.

Sí lo hizo, en cambio, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 18: «Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumpliera con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.— Si el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa»; mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 1160: «Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumpliera con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.— Si la elección se confiara a un tercero y éste no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa».

Por último, debemos mencionar que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trata sobre este punto en el artículo 1112: «A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.— Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección deba practicarla el acreedor.— Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento».

2. Análisis

El artículo 1144 del Código Civil peruano de 1984 regula lo relativo al plazo para la elección del bien.

Resulta supuesto importante que las partes designen de común acuerdo el plazo en que deba realizarse la elección del bien; pero a falta de dicho pacto, el Código establece que, en primer término, corresponderá al juez fijarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se señala adicionalmente que si la elección correspondiese al deudor y éste no la efectuase dentro del plazo establecido (por pacto o por mandato judicial), dicha elección corresponderá ser efectuada por su contraparte, vale decir, por el acreedor. Regla inversa se aplica para el caso en que sea el acreedor quien debía efectuar originalmente la elección y omitiese realizarla.

El principio descrito en el párrafo anterior nos parece sumamente justo, pues al no utilizar la oportunidad el contratante a quien correspondía efectuar la elección del bien, resultará equitativo que ésta pase al otro contratante. Además, dicha situación no implicará una desventaja para la parte que pierde tal derecho de elección, ya que su contraparte deberá efectuarla en estricto cumplimiento de lo previsto por el artículo 1143 del Código Civil.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, el Código establece que la haga el juez. Este extremo de la norma nos parece inadecuado, al formularse en términos tan amplios, por las consideraciones esgrimidas en torno al segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil. El juez no revestirá por lo general las calidades del tercero escogido por las partes contratantes para hacer la elección. Si bien es cierto que el juez podría recurrir al auxilio de peritos, también es verdad que éstos pueden carecer de las características e idoneidad profesional y moral del tercero antes escogido. Por ello consideramos que la solución dada al tema por uno de los autores de este trabajo (que recogiera más tarde, en 1981, la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936), era más adecuada, pues establecía que en caso de que el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extinguía, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa.

Por todo ello, y a pesar de que la solución del Código Civil (a iniciativa de la Comisión Revisora) está destinada a preservar los efectos del contrato (filosofía adoptada en varios preceptos del Código), no estamos de acuerdo con el contenido del último párrafo del artículo 1144.

Asimismo, debemos afirmar la evidencia de que, si el tercero que no realiza la elección no había aceptado su designación o la desconocía, no estaría obligado a sufragar indemnización alguna.

Por último, se precisa aclarar que el hecho de que la elección la pueda realizar el juez no obsta a que las partes que delegaron un mandato en dicho tercero para efectuar la elección le puedan reclamar una indemnización de daños y perjuicios, si los hubieran sufrido por efecto de su incumplimiento contractual.

FONDO EDITORIAL PUCP

Irrevocabilidad de la elección

Artículo 1145.- La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surte iguales efectos.

1. Fuentes nacionales del artículo 1145

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 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 de Jorge Vega García, del año 1973.

El tema fue planteado por primera vez en nuestro país en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, a través de su artículo 19: «La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección la practica un tercero, surtirá efectos». Esta propuesta fue seguida por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1161: «La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección la practica un tercero, surtirá efectos»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 113: «La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surtirá iguales efectos».

2. Análisis

2.1. Teorías sobre la elección del bien

De acuerdo a Alterini, Ameal y López Cabana[424], existen diversas teorías en relación a la manera cómo se verifica la elección del bien que lo transforma de indeterminado (determinable) en determinado. Así, y teniendo ello en cuenta, vamos a realizar un breve recuento sobre los criterios más difundidos al respecto:

424 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 94.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.1. Teoría de la separación

Para quienes sustentan esta teoría, la elección queda perfeccionada con la separación de la cosa de las demás que integran el género, efectuada por quien —según Derecho— corresponda. Se objeta a esta teoría que dicha separación queda circunscrita al fuero interno del elector, sin ser de conocimiento de la otra parte.

2.1.2. Teoría de la tradición

Según esta teoría, la elección se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor.

2.1.3. Teoría de la declaración aceptada

Conforme al criterio de Salvat, que —según Alterini, Ameal y López Cabana— postula esta teoría, la elección se perfecciona cuando la declaración del elector es aceptada por la contraparte.

2.1.4. Teoría de la declaración recepticia

Para esta teoría, la parte que tiene derecho a efectuar la elección la exterioriza mediante su declaración de voluntad, que debe llegar a conocimiento de la contraparte, momento en el cual queda perfeccionada la elección.

2.2. Carácter irrevocable de la elección

Por nuestra parte, sobre la base del artículo 1145 del Código Civil peruano, podemos afirmar que la elección efectuada por el acreedor o el deudor tiene carácter de irrevocable luego de ejecutada la prestación (teoría de la tradición). Dicha irrevocabilidad también se produce una vez que la elección es comunicada por la parte que debe efectuarla a su contraparte (teoría de la declaración recepticia). Cuando la practica un tercero o el juez, tendrá carácter de irrevocable una vez comunicada a ambas partes (teoría de la declaración recepticia).

Estas consideraciones deben concordarse necesariamente con lo establecido por los artículos 1373 y 1374 del Código Civil peruano de 1984, los mismos que recogen la teoría de recepción con presunción de cognición para efectos de considerar eficaces las declaraciones de voluntad recepticias[425].

Debemos señalar, sin embargo, que dicha irrevocabilidad no es sinónimo de inmutabilidad o *imposibilidad de impugnar*[426], tal como lo analizamos a continuación.

En principio, estamos en desacuerdo con aquella posición legislativa y doctrinaria que propicia que la decisión adoptada por el tercero sea inimpugnable o

425 Texto correspondiente a la tercera edición.

426 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

inconmovible, ya que, si bien las partes se han remitido a la decisión del tercero para que éste realice la elección, dicha decisión no necesariamente estará ajustada a Derecho. Por tal razón, de no revestir esa característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o por alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, sin ser la única (como la establece el Código Civil mexicano de 1927 —artículo 2106—), es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Sin embargo, éste no será el supuesto más frecuente, ya que, si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será claro que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón será el perjudicado quien usualmente impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil peruano al respecto, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de *arbitrium boni viri* o de *arbitrium merum*.

2.2.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad

El Código Civil peruano establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma) que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código Civil no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

(a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por Manuel de la Puente[427], la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir, error, dolo, violencia o intimidación.

(b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.

(c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere a la calidad del bien escogido, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el bien no sea de la calidad media (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al optar las partes contratantes por un arbitrio *boni viri*, buscan que la decisión del tercero contenga la determinación de un bien de tal calidad (argumento del artículo 1143, *in fine*, del Código Civil).

427 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, pp. 388 y 389.

2.2.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio

Para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

(a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del *arbitrium boni viri*.

(b) Al igual que para el *arbitrium boni viri*, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.

(c) En lo que respecta a la calidad del bien escogido por el tercero, la decisión de éste sólo podrá ser impugnada si el bien no fuese de la calidad media.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos anteriores a la individualización del bien incierto

Artículo 1146.- Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.

Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1146

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 primera vez apareció en el Proyecto de Código Civil de 1890, artículo 1487: «Cuando la obligación de dar tiene por objeto una cosa incierta o indeterminada, no consumible, corresponde la elección al deudor; pero éste no puede escoger una cosa de la peor calidad en la especie; y si se ha reservado la elección al acreedor, éste no puede escoger una cosa de la mejor calidad.— Determinada o individualizada la cosa por la elección del deudor, o del acreedor, la entrega está sujeta a los principios que rigen las obligaciones de dar cosa cierta.— El deudor no puede eximirse de cumplir la obligación, alegando que el objeto de ésta se ha perdido o deteriorado por fuerza mayor o caso fortuito realizados antes de la determinación de la cosa».

Luego el tema fue tratado en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 134: «Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito»; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 125: «Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito»; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, artículo 1170: «Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor»; y en el Código Civil de 1936, artículo 1180: «Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor».

PALOMA MARCOS ALO PERE

Ya en la etapa de reforma al Código Civil de 1936, regularon el tema la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, en su artículo 11: «Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 20: «Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Esta regla no se aplicará cuando la elección deba practicarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se perdieran sin culpa del deudor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1162: «Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.— Esta regla no se aplicará cuando la elección deba practicarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se perdieran sin culpa del deudor»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 114: «Antes de la individualización de la cosa, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.— Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se pierden sin culpa del deudor».

2. Análisis

Como es sabido, el artículo 1138 del Código Civil peruano trata sobre los diversos casos susceptibles de presentarse respecto de la pérdida del bien con culpa del deudor, con culpa del acreedor o sin culpa de las partes, y todo lo referente a la teoría del riesgo que sustenta el precepto.

Conforme a estas reglas, si el bien se perdiera por culpa del deudor (artículo 1138, inciso 1) su obligación se resuelve y éste perdería el derecho a la contraprestación, si la hubiese.

Y esta regla resulta natural debido a que el bien es uno cierto o determinado, de modo tal que al perderse no resulta posible sustituirlo por ningún otro (argumento del artículo 1132).

Distinto es el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, en las que se deberá señalar, cuando menos, la especie y cantidad de éstos (artículo 1142). En estos casos si se pierde un individuo de la especie, este hecho no tendrá ninguna significación, ya que quedará intacto el resto de dicha especie, dentro de la cual deberá efectuarse la elección del bien a entregar al acreedor. Si se produce la pérdida de uno de los bienes que constituyen la especie, ello no habrá agotado a esta última, razón por la cual simplemente el deudor asume la pérdida de dicho ejemplar y continúa obligado a escoger uno dentro de los restantes (si la elección le corresponde a este último).

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

La doctrina alemana[428] sostiene que cuando es debida una prestación que tenga por objeto una cosa, ésta puede estar individualmente determinada —por ejemplo, esta butaca, este vestido, este inmueble— o sólo de una forma general, es decir, según las notas de su género o especie, o en atención a su número, cantidad o peso: así, el comprador pide un ejemplar de la «edición sin notas» del BGB, diez huevos, dos quintales de briquetas, un pie cúbico de leña. En el primer caso, hablamos de deuda de especie o de cosa determinada: sólo se debe una cosa cierta y ninguna otra; si aquélla se destruye antes del cumplimiento, sin culpa del deudor, éste no está obligado a entregar ninguna otra, sino que queda liberado de su deber de prestación, que se ha hecho imposible. En el segundo caso, por el contrario, hablamos de deuda genérica. El deudor debe entregar no un determinado ejemplar de la edición sin notas (por ejemplo, aquel que está en el escaparate), sino cualquiera. Se ha obligado a enviarlo al comprador, y si antes de ello el ejemplar que quería entregar se destruye por un incendio en su almacén, y no le queda otro en éste, ha de proporcionárselo para cumplir su deber de entrega. Y ello porque al no deber un ejemplar concreto, ahora incendiado, sino cualquier ejemplar, la prestación no se ha hecho imposible mientras exista en el comercio algún ejemplar del libro. Cuando el supuesto es el descrito, el deudor no puede invocar la imposibilidad de cumplir la prestación, sino que ha de proporcionarse los objetos o cantidades que le sean exigibles. La deuda genérica (ordinaria) es por ello, al mismo tiempo, una deuda de proporción o procuración de cosa (*Beschaffungsschuld*).

Barros Errázuriz[429] enseña que, en las obligaciones de género, esto es, en aquéllas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, no tiene aplicación este modo de extinguir, porque el género y la cantidad no perecen: *genera non pereunt*. Aunque perezcan muchos individuos de la especie, siempre podrá el deudor proporcionarse otros para cumplir su obligación.

Expresa Héctor Lafaille[430] que el género no perece nunca, de suerte que el deudor no puede invocar la imposibilidad, ya que siempre se podrá conseguir objetos que satisfagan la prestación. O, como señala De Gásperi[431], no recayendo la deuda de dar cosas inciertas no fungibles sobre ninguna cosa considerada en particular, y pudiendo el deudor entregar un objeto cualquiera de la clase media perteneciente al género, obvio es que, pereciendo ésta por caso fortuito o fuerza mayor antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito.

No obstante lo señalado, De Gásperi[432] recuerda que Von Thur admite, y sólo por excepción, que un género puede desaparecer en toda su integridad, como por

428 Hartmann, Gustav. *Die Obligation*. Erlangen: Deichert, 1975, p. 423.
429 Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, p. 275.
430 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 463.
431 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo ii, p. 213.
432 *Ibidem*, p. 215.

ejemplo, cuando deja de fabricarse una determinada mercadería. En casos como éstos, agrega, el deudor genérico puede eximirse por imposibilidad de la prestación. De Gásperi añade que lo mismo acontecería si una cosa genérica fuese puesta fuera del comercio, caso en el cual el acto sería nulo por tener por objeto una prestación legalmente imposible; mas, la inexistencia de la obligación supone la imposibilidad legal, y si el vendedor se hubiese obligado a la entrega de las cosas genéricas puestas fuera del comercio, deberá indemnizar el daño que causare a la otra parte.

Ahora bien, distinto es el caso contemplado por el segundo párrafo del artículo 1246 del Código Civil peruano, según el cual dicha regla no resulta de aplicación cuando la elección deba efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor. La citada norma trata sobre las denominadas obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*.

Éste es el caso en el cual lo que se pierde no es uno o algunos de los elementos constitutivos de la especie, sino la especie en general, vale decir, toda la especie. Será evidente que, si se agota toda la especie, no quedará ámbito dentro del cual efectuar elección alguna. No queda ningún bien y, por lo tanto, no habrá bien que escoger y mucho menos bien que entregar. En palabras de Héctor Lafaille[433], en este caso ya no se trata de elegir entre todas las que ofrecen ciertos caracteres y sí de hacerlo entre un grupo de objetos perfectamente especificados. El legado en que se deja como recuerdo un cuadro de la galería o un libro de la biblioteca; de cien novillos existentes en la estancia X, etcétera, pertenecen a esta categoría, de continua aplicación. Es la *obligatio unum de certis*.

Con relación a esta clase de obligaciones de género limitado, De Gásperi recuerda un ejemplo asumido por Ennecerus del pandectista Kisch, que plantea que «El que me debe una botella de vino de esta cuba —señala este pandectista— no me debe algo concreto (¿qué botella sería ésta?), sino una cantidad de líquido aún por determinar, que ha de tomarse de esa cuba. El vino que se encuentra en la cuba constituye el género determinado por las partes y del cual se ha de extraer el vino que debe entregarse». Así, continúa De Gásperi, si por caso fortuito se destruye la cuba, el deudor quedará liberado de su obligación, porque se ha extinguido la cantidad limitada de la cual había de salir la prestación.

Es del caso señalar que algunos autores[434] sostienen, respecto de la naturaleza jurídica de las obligaciones de género limitado, que deben ser consideradas como obligaciones alternativas y no de género, por estimar que el género es un abstracto que no admite límites particulares, siendo por ello que el deudor, en las obligaciones de género, no se libera por caso fortuito, pues siempre puede cumplir

433 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 140.

434 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 165 y 166; y más recientemente Roppo, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Bologna: Monduzzi, 2001, p. 265.

la deuda contraída entregando un individuo de la especie pactada. Así, en cambio —sostienen dichos profesores—, en las obligaciones alternativas, en las que se cancela la deuda entregando una de las prestaciones debidas, si perecen todas ellas por caso fortuito, el obligado se libera. Agregan dichos autores, por último, que si se analiza prácticamente el tema que nos ocupa, no se encuentra ninguna diferencia entre decir que «D» le deba a «A» uno de los cuatro automóviles que se encuentran en su garaje; o que «D» le debe a «A» el Chevrolet, el Ford, el Fiat o el Dodge que se encuentran en su garaje, lo que —según ellos— evidentemente conforma una obligación alternativa.

Por nuestra parte, no compartimos el criterio de los juristas citados, pues si bien admitimos que mucho dependerá de la manera cómo se contraiga la obligación, en un caso estaremos ante una obligación de dar bienes inciertos dentro de un género limitado, en tanto que en el segundo estaremos frente a una de carácter alternativo. Creemos que el problema no está en determinar si el género es más o menos limitado o si nos encontramos en presencia de un género ilimitado —supuesto si bien teóricamente asumido como factible, es imposible en el campo estadístico o matemático—, sino que él se encuentra en la manera cómo se obliguen las partes. Podríamos estar frente a una obligación de dar un bien perteneciente a un género en extremo limitado; o también frente a una obligación cuyas prestaciones alternativas sean numéricamente considerables. Sin embargo, la naturaleza jurídica de las obligaciones (de ser de género limitado o alternativas) no estará dada —de manera alguna— por el aspecto cuantitativo ni por la posibilidad de perecimiento del género o de las prestaciones alternativas. Lo importante será el modo o manera en que se ha contraído la obligación. Las restantes consideraciones sobran. Podemos, pues, estar frente a obligaciones de diferente naturaleza, pero semejantes en sus efectos; pero esta situación no nos sitúa frente a obligaciones del mismo carácter. La distinción puede ser sutil en algunos casos, pero no olvidemos que estamos ante las obligaciones, sin lugar a dudas el área más sutil e intrincada del Derecho.

Boffi Boggero[435] señala que dentro del concepto de obligaciones de género hay una especie que establece la generalidad dentro de un límite; no es lo mismo decir que vamos a vender un vacuno, que indicar la venta sobre un vacuno de vuestra estancia, ya que en el primer caso es prácticamente imposible que puedan perecer todos los vacunos, mientras que en el segundo es perfectamente posible que se pierdan todos los ejemplares indicados, como sería el caso de una peste, por citar un ejemplo.

Debemos precisar que podría presentarse el problema de saber si estamos frente a una obligación de género o especie ilimitada —aquélla regulada por el primer párrafo del artículo 1146 del Código Civil peruano—, o si estamos frente

435 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 347.

a una de género o especie limitada —aquélla regulada por el segundo párrafo del propio artículo 1146—. En tal sentido, resulta valiosa la opinión de Jorge Joaquín Llambías[436] cuando señala que la cuestión de saber si una obligación es de género o de género limitado depende de la apreciación de las circunstancias de hecho de cada caso, las cuales caen bajo la prudente discreción judicial. Así las cosas, según Llambías, cuando desde la constitución de la obligación aparezcan individualizados los objetos entre los cuales deba hacerse la elección, ella será de género limitado. En cambio, si en el origen de la obligación no media esa individualización, la obligación será de género.

Agrega Llambías que podría darse el caso de que, aun tratándose de obligaciones aparentemente de género, sin embargo, pudiese demostrar el deudor que de hecho no ha habido objetos individuales para solventar la deuda, por perecimiento de todos ellos después de la constitución de la obligación; recuerda el ejemplo de Colmo, referente al compromiso de un deudor argentino de enviar 5,000 caballos a un acreedor francés o japonés, que quedaría disuelto si el Gobierno argentino, en atención a un estado de guerra, requisase todos los caballos del país, poniéndolos así fuera del comercio, pues era tácita la estipulación de que los caballos prometidos debían proceder del país.

Y concluye Llambías señalando que, en suma, si se logra demostrar en los hechos la imposibilidad de pago, esto no destruye el principio para este tipo de obligaciones, sino revela que la considerada obligación de género era, en verdad, de género limitado, pues de otro modo no habrían podido agotarse los individuos del género respectivo, porque en el sentido filosófico-jurídico de la expresión «género», ella supone un ilimitado número de posibilidades entre las cuales el deudor deberá actuar; agrega Llambías que, naturalmente, tal obligación, producida esa demostración, debe ser tratada de acuerdo con su efectiva naturaleza, esto es, como obligación de género limitado.

Por nuestra parte, expresamos que debe tenerse en cuenta que bastaría la subsistencia de uno de los bienes constitutivos de la especie, para que el deudor pueda cumplir con su prestación, la que en este caso tendría por objeto el bien que subsistió.

No obstante lo señalado, debemos precisar que dudamos, por citar un ejemplo, que si la especie fuera una biblioteca incendiada y quedara intacto únicamente el libro más costoso o el menos costoso, el deudor estuviera obligado a entregarlo, pues, en este caso, no estaríamos ante la denominada por la doctrina «concentración anormal de la prestación» (relativa a las obligaciones de prestaciones alternativas), sino ante obligaciones de dar bienes inciertos (determinables). Además, como resulta obvio, en este supuesto resultaría imposible aplicar el criterio de la

436 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 147.

calidad media. Sin embargo, dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional, la respuesta a la interrogante planteada debería ser afirmativa.

Es preciso manifestar, en adición, que en cuanto fueren compatibles con su naturaleza, las reglas del artículo 1146 del Código Civil peruano serán también de aplicación a las obligaciones de dar bienes fungibles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reglas aplicables después de la elección

Artículo 1147.- Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos.

1. Fuentes nacionales del artículo 1147

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 no regulaba el tema. Tampoco lo hacían el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 ni el Código Civil de 1852.

El primer cuerpo legislativo en tratar el tema fue el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 1490: «Las cantidades que se deben, quedan determinadas o individualizadas, después de contadas, pesadas o medidas las cosas por el acreedor».

Luego lo hizo el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 135: «Practicada la elección regirán los principios establecidos sobre las obligaciones de dar cosas ciertas»; seguido por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en su artículo 126: «Practicada la elección regirán los principios establecidos sobre las obligaciones de dar cosas ciertas»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1171: «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas»; y el Código Civil de 1936, artículo 1181: «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas».

Posteriormente, ya en la reforma del Código de 1936, abordaron el tema la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, artículo 12: «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas»; seguida por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 21: «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1163: «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas»; y, como su antecedente más cercano, el artículo 1115 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, que establecía que «Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas».

EDICIÓN ANOTADA GASTIL O FREYRE

2. Análisis

La distinción entre el tratamiento de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del Código Civil peruano) y aquellas de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1146 del mismo Código) responde a la naturaleza de ambas instituciones, ya que en el primer caso el bien objeto de la prestación de dar se halla perfectamente individualizado, mientras que en el segundo se encuentra indeterminado, pero resulta determinable, lo que equivale a decir que al momento de la celebración del contrato se desconoce cuál de los elementos constitutivos de la especie pasará en el futuro (luego de efectuada la elección) a constituir el objeto de la prestación de dar.

Así, una vez efectuada la elección, vale decir, una vez conocido y determinado con precisión el bien, éste habrá dejado de tener la condición de determinable (incierto) para haber adoptado la de determinado (cierto), razón por la cual desde el momento en que se haya efectuado dicha determinación (es decir, desde el momento en que ha cambiado de condición) le deberán ser aplicables distintas reglas. Simplemente le resultarán inaplicables, por su actual condición, las normas sobre obligaciones de dar bienes inciertos y pasarán a ser de aplicación aquellas de dar bienes ciertos. Para llegar a este criterio, en estricta técnica jurídica, no habría resultado necesaria la precisión efectuada en el artículo 1147. Sin embargo, consideramos que dicha norma resulta conveniente, pues las razones antes esgrimidas por nosotros no tienen por qué ser conocidas por la generalidad de personas que utilizan el Código como instrumento de trabajo o estudio.

Como señalan los tratadistas españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[437], la obligación genérica necesita concretarse o especificarse, es decir, convertirse en una obligación específica. Así, el deudor ha de entregar la cosa debida, y para ello es preciso su concreción dentro del género a que pertenece. De este modo, señalan los mencionados autores, la transformación de la obligación genérica en específica tiene importantes consecuencias jurídicas, siendo la principal la desaparición del juego de la regla *genus nunquam perit*, y su sustitución por los artículos 1182 y 1183 (del Código Civil español —que en el Código peruano serían los artículos 1132 a 1141—), o sea, la extinción de la obligación del deudor por perecimiento, destrucción o imposibilidad legal de la entrega de la cosa determinada sin su culpa.

Podría decirse, junto a Llambías[438], que una vez practicada la elección de la cosa a pagar, la obligación «cambia de naturaleza», pues su objeto ya no es un género, sino una cosa determinada, que se rige por las prescripciones relativas a esta clase de cosas. Por tanto —añade el citado autor—, producida esa elección, sin distinguir quién la haya hecho, la obligación se transforma, pasando a ser una obligación de cosa cierta, y queda regida por las disposiciones relativas a

437 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, p. 208.

438 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, pp. 149 y 150.

esta última clase de obligaciones. Llambías llega a decir que se da así uno de esos contados casos de novación legal: una obligación queda transformada en otra, de naturaleza distinta, por imperio de la ley que atribuye, a la elección de la cosa a pagar, ese significado.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con este último extremo de lo señalado por el citado profesor argentino, ya que se trata no de la novación legal de la obligación genérica en una de dar bien cierto, sino que únicamente a partir del momento de la elección, la obligación genérica se regirá por las reglas establecidas sobre las obligaciones de dar bienes ciertos (argumento del artículo 1147 del Código Civil peruano). Así, no es que la obligación haya cambiado de naturaleza, pues la naturaleza de las obligaciones la determina su origen; sino que, dado el desarrollo del proceso de ejecución de la obligación, éste impide que la obligación genérica se siga rigiendo por sus reglas propias, y se deberá regular en adelante por las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos; pero obsérvese que esto ocurrirá, fundamentalmente, a efectos de la aplicación de la teoría del riesgo.

Además, es obvio que no habrá novación, pues no nos encontramos en presencia de una nueva obligación que sustituye a la anterior; además de que no existe *animus novandi*; ni tampoco se van a producir los severos efectos que acarrea la novación. Sobre todo, en lo que respecta a la extinción de las garantías de la obligación (argumento del primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil peruano de 1984), lo que resultaría peligrosísimo[439].

Resulta evidente, aunque consideramos necesario efectuar la precisión, que la norma del artículo 1147, que aplica a los bienes que fueron indeterminados los artículos 1132 a 1141, lo hace sólo hasta que se produzca la entrega del bien, vale decir, dentro de los límites previstos por estos preceptos. Coincidimos en este parecer con León Barandiarán[440].

Podemos concluir, junto a Eugenio Gadea Reidner[441], en que, tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que puede dar el Derecho es la de resolver la obligación. Así, diremos que en el caso de las obligaciones con prestaciones de dar existen tres supuestos diferentes: si el bien pertenece a un *genus illimitatum* (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil en su artículo 1146, primer párrafo. Si el bien es determinado (cierto), sí hay imposibilidad de la prestación al perecer éste, ya que el deudor no podrá sustituirlo por otro, puesto que no sería aquel al que las partes se han refe-

439 Texto correspondiente a la tercera edición.

440 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 43 y 44.

441 Gadea Reidner, Eugenio. «Imposibilidad de la prestación y teoría del riesgo». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 5. Lima, 1986, p. 70.

rido y el acreedor ha tenido a la vista. Y si el bien es de un *genus limitatum* (también llamado *unum de certis* o *incertum ex certis*), es decir, que es uno cualquiera de un grupo de bienes, no existirá imposibilidad hasta que todo el *genus* se haga imposible. Es éste el principio del artículo 1146, segundo párrafo.

Gadea precisa, además, que de las reglas mencionadas existe una general, la ley, pudiéndose, por mandato legal, excluir del comercio algún bien, o limitar su tráfico, etcétera, circunstancias en las cuales la prestación de dicho bien será imposible.

3. La línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles[442]

Hemos tratado en extenso acerca de las obligaciones de dar bienes inciertos y las obligaciones de dar bienes fungibles.[443] En esta ocasión no voy a volver sobre el particular, pero quiero abordar un problema teórico y práctico sobre el que he pensado mucho en los últimos tiempos.

Imaginemos que nos encontramos frente a una obligación de especie limitada, consistente en entregar un perro. El deudor, en el momento en que le corresponde hacer la elección, escoge a «Fido», un cachorro pastor alemán. En este ejemplo no cabe la menor duda de que después de realizada la elección, es decir, después de haber escogido a «Fido», se aplicará el artículo 1147 del Código Civil, en el sentido de que «Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos». Ello, por cuanto el bien (incierto al momento en que se contrajo la obligación) se convirtió en cierto con la comunicación de la elección al acreedor.

Éste es, por lo demás, el típico ejemplo de una obligación de dar un bien incierto y de cuáles son las consecuencias de la elección del bien. En buena cuenta, luego de escogido ese bien, la obligación se transformó en una de dar bien cierto y le serán aplicables las reglas de los artículos 1132 a 1141 de las obligaciones de dar bienes ciertos del mismo Código Civil.

Pero qué pasaría si la obligación consistiera en dar un automóvil, nuevo o usado (es decir, la especie o universo sería todos los automóviles del mundo), y ocurre que el deudor no escoge un automóvil específico, sino comunica a su acreedor que ha escogido entregarle un Toyota Corolla nuevo automático de 1800 cc, color rojo, año 2024, cero kilómetros.

442 Este acápite se basa en el trabajo del mismo nombre escrito por Mario Castillo Freyre y publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Quinta parte). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020, volumen 81, pp. 57-61.

443 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. 2.ª edición. Lima: ECB Ediciones y Thomson Reuters, 2014, volumen I, pp. 163-179.

Pues el problema será que el deudor no habrá escogido un bien cierto, sino una especie de autos, aquéllos que responden a esas características que, al estar constituida la especie por un número muy grande de individuos, todos idénticos, por cierto, ese deudor no habrá vuelto la obligación de dar bien incierto en una de dar bien cierto, sino que la habrá transformado en una obligación de dar bienes fungibles, ahora, de las características señaladas por el deudor.

Como vemos, por excepción, una obligación de dar bien incierto, en estas circunstancias no se transformaría con la elección en una de dar bien cierto, sino en una de dar bien fungible.

Las obligaciones de dar bienes fungibles no tienen regulación en nuestro Código Civil, ni tampoco se requeriría regularlas.

En este caso, la pregunta girará en torno a si el deudor del bien deberá entregar un Toyota nuevo de esas características o si esa «elección intermedia» carece de relevancia.

En caso se estime relevante, cuando individualice un automóvil dentro de esa especie, tal individualización no vuelve cierto lo fungible, encontrándose obligado el deudor, mientras subsistan bienes de esa especie.

Ahora bien, nótese que el deudor cuando realizó la «primera elección» escogió una especie de bienes fungibles y no un bien cierto, razón por la cual se podría decir que ese deudor todavía tendrá que completar ese proceso de elección, el mismo que no culminará hasta que entregue al acreedor un automóvil de esas características.

Con la entrega, el bien fungible sí se convierte en cierto y se aplicaría, de ahí en adelante, el principio *res perit domino*.

Pero, en verdad, la duda gira en torno a saber si cuando el deudor escoge entregar un Toyota de la especie señalada, esa «elección» tiene o no relevancia con respecto al derecho y al acreedor. Digo esto, porque, así como escogió entregar un bien de una subespecie más o menos numerosa en el mundo, bien pudo haber elegido una subespecie muy reducida.

En estos casos, el riesgo de pérdida de la prestación se acrecentaría notablemente; un riesgo que, por cierto, no tenía pensado asumir el acreedor y que, de hecho, tampoco asumió al celebrar el contrato con el deudor, dado que la especie de donde se tendría que realizar la elección es, prácticamente, una especie ilimitada. Esta posición estima que el considerar válida esa «elección intermedia», que no convirtió en bien cierto los bienes inciertos, perjudicaría los intereses del acreedor, porque le haría asumir riesgos más allá del contrato celebrado.

Entonces, ¿cuál sería la respuesta pertinente para el caso concreto?

En verdad, nos inclinamos por el segundo camino, dado que transitar por el primero haría asumir riesgos al acreedor que nunca pensó asumir.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En buena cuenta, se considerará que el bien ha sido escogido en el momento en el cual el deudor comunique al acreedor que ha escogido el Toyota Corolla, de las características descritas, con número de motor «X», número de chasis «Y», y número de serie «Z».

En pocas palabras, cuando le comunique cuál es el bien que ha escogido.

Dentro del razonamiento descrito, la pérdida de ese bien determinaría la extinción de la obligación, dado que a esa obligación ya le serían aplicables los artículos 1132 a 1141, propios de las obligaciones de dar bien cierto.

Complicado tema, porque habría que adecuar algunos conceptos para lograr esta solución, justa para las partes, pero estimamos que no habría alternativa de resultados equivalentes.

No obstante, admitimos que se trata de un tema muy debatible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Obligaciones de hacer
(Artículos 1148 al 1157)

Plazo y modo de cumplimiento en las obligaciones de hacer
1. Fuentes nacionales del artículo 1148
2. Análisis

Ejecución de la prestación por terceros
1. Fuentes nacionales del artículo 1149
2. Análisis

Opciones del acreedor por inejecución de obligaciones
1. Fuentes nacionales del artículo 1150
2. Análisis

Opciones del acreedor por ejecución parcial, tardía o defectuosa
1. Fuentes nacionales del artículo 1151
2. Análisis

Derecho del acreedor a ser indemnizado
1. Fuentes nacionales del artículo 1152
2. Análisis

Cumplimiento deficiente sin culpa del deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1153
2. Análisis

Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1154
2. Análisis

Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor
1. Fuentes nacionales del artículo 1155
2. Análisis

Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes
1. Fuentes nacionales del artículo 1156
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adquisición por el deudor de una indemnización o de derechos como consecuencia de la inejecución de la prestación por culpa suya

1. Fuentes nacionales del artículo 1157
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
OBLIGACIONES DE HACER

Plazo y modo de cumplimiento en las obligaciones de hacer

Artículo 1148.- El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1148

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*. Ahí, en la Ley 5, Título XXVII, Partida Tercera, se decía: «*Si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razón de alguna cosa que deuiesse fazer, deuelo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometido*».

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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.

Por vez primera se regula el tema en nuestro país, con ocasión del Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 136: «El obligado a hacer o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho»; seguido por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 127: «El obligado a hacer o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho».

Dicha norma pasó al Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, con el número 1172: «El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado»; y luego fue adoptada por el Código Civil de 1936, con el número 1182: «El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado».

Durante el proceso de reforma al Código de 1936, también se elaboraron normas similares. Así, tenemos el artículo 19 de la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973: «El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado, salvo que la prestación pudiera completarse a costa del deudor»; el artículo 22 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980: «El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso»; el artículo 1164 del Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981: «El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso»; y, como antecedente más próximo, el artículo 1116 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984: «El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso».

2. Análisis

La palabra «hacer», de acuerdo a la Real Academia Española[444], tiene varias acepciones. Las que revisten interés para el Derecho de Obligaciones son las siguientes:

- Producir algo, darle el primer ser.
- Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener.
- Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.

De acuerdo con las tres acepciones del término «hacer» que hemos recogido en líneas anteriores, podemos orientarnos en dos grandes sentidos:

a. Hacer implica producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por nuestro Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.

b. Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.

Pues bien, en Derecho de Obligaciones, las obligaciones de hacer constituyen el segundo rubro clasificatorio de las obligaciones según su objeto.

444 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo x, p. 802.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la ejecución de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Como sostuvo Olaechea[445]: «Las obligaciones de este linaje asumen modalidades de trabajo, de prestación de servicios y otros hechos cuya ejecución no requiere el desenvolvimiento de un esfuerzo físico o intelectual».

Para Francesco Messineo[446], la obligación de hacer alude esencialmente a una actividad del deudor; consiste el hacer, por lo general, en una energía de trabajo, proporcionada por el deudor a favor del acreedor o de un tercero, ya se trate de trabajo material o de trabajo intelectual. Agrega el citado autor italiano que de este tipo son las obligaciones de los trabajadores dependientes, de los artesanos (trabajadores libres), de los empleados (particulares), de los profesionales, de los artistas; es también obligación de hacer, la de custodiar, que implica la predisposición de la cosa, como en el contrato de suministro, y la de desplazar una cosa de un lugar a otro, como en el transporte.

Jorge Eugenio Castañeda[447] señala que las obligaciones de hacer tienen por objeto la realización de un hecho positivo. Castañeda, recogiendo los conceptos de Carvalho de Mendonça, Schott, Windscheid y Bufnoir, manifiesta que el derecho de crédito no es sino un derecho sobre el derecho del deudor; que el objeto de la obligación es, indirecta y mediatamente, el objeto del contrato y, en general, tal objeto es la prestación.

La jurisprudencia, mediante Casación n.º 3321-2013-Lambayeque, de fecha 3 de noviembre de 2014, definió también a las obligaciones de hacer, «*Sexto.*- Que, conforme a lo señalado por el artículo 1148 del Código Civil la obligación de hacer consiste en todas aquellas actividades positivas a que queda sujeto el deudor siempre que no se trate de la transferencia de un derecho de propiedad u otro derecho real es decir que por argumento de exclusión toda actividad positiva del deudor que no sea un dar es un hacer cumpliéndose este cuando el deudor realiza la actividad de la manera y en las condiciones de lugar y tiempo en que fue contraida la obligación».[448]

Si la obligación consistiese en la ejecución de alguna obra —según Castañeda—, lo más probable es que dicha obra tenga que ser entregada a quien encargó su comisión, vale decir, al acreedor de la relación obligacional. En este caso, la obligación sería de hacer, pero concluiría en un dar.

445 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, p. 18.

446 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 39.

447 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, pp. 131 y 132.

448 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 359. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3321-2013-Lambayeque-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agrega el autor citado que distinguir cuándo se trata de una cosa que debe entregarse o de un hecho que debe realizarse es delicado y difícil, porque en el fondo toda obligación importa un *facere*; existiendo entonces cierta identidad entre las obligaciones de dar y de hacer. Si la obligación de hacer consistiese en la ejecución de un servicio o trabajo, será una obligación de hacer propiamente dicha, pues concluirá en el propio hacer y no en un dar.

De lo antes señalado, podemos extraer como conclusión que las obligaciones de hacer pueden ser de dos tipos:

a. Obligaciones de hacer que concluyen en un dar

No todos los autores coinciden en sostener que este tipo de obligaciones constituye una subclasificación dentro de las obligaciones de hacer. Según Llambías[449], en opinión de algunos tratadistas, la oposición de las obligaciones de dar y de hacer no sería irreductible, pues podría concebirse una tercera categoría comprensiva de obligaciones complejas o mixtas cuyo objeto estaría constituido por un bien o un hecho de conducta, fundidos entre sí. Llambías recuerda la opinión de Eduardo B. Busso, cuando este último sostiene —según él con razón— que en esos supuestos la complejidad no existe en una obligación que fuese simultáneamente de dar y de hacer, sino en la fuente que origina al propio tiempo distintas obligaciones, algunas de dar, otras de hacer; por eso Busso afirma que son obligaciones conexas por cuanto provienen de la misma causa; o también pueden ser algunas de ellas subordinadas a otras, como sería el caso, dentro del Derecho argentino y su sistema de transferencia de propiedad, del contrato de compraventa de un inmueble, en el cual a las obligaciones ordinarias del vendedor y del comprador se agrega la obligación de escriturar, que es una obligación de hacer que pesa sobre ambas partes.

Llambías concluye señalando que no hay obligaciones complejas o mixtas, pues las que aparenten serlo se desintegran en obligaciones combinadas de dar, o de hacer, de las cuales unas quedan subordinadas a las otras sin perder enteramente su individualidad, siendo regidas estas distintas obligaciones por las normas que les son respectivas, precisamente en razón de su particular índole jurídica.

Podríamos agregar, por nuestra parte, que, compartiendo a grandes rasgos el razonamiento de Llambías, la obligación será de dar o de hacer, según aquello que en ella resulte fundamental. Si lo fundamental es el dar y no el hacer, será de dar; en tanto que si lo fundamental es el servicio o la obra (el hacer), y el dar es meramente la conclusión natural o resultado de lo anterior (el hacer), sin duda alguna estaremos en presencia de una obligación de hacer. Creemos que el tema no debe ofrecer mayores complicaciones, y, por lo demás, sobre él no se pueden establecer reglas matemáticas, quedando al fin y al cabo la decisión a cargo del intérprete, quien deberá tener en consideración los conceptos expresados anteriormente.

449 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, pp. 190 y ss.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta de particular interés precisar las distinciones existentes entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer. En tal sentido, Llambías[450] establece las que para él constituyen las principales diferencias:

- Es más intensa la prerrogativa del acreedor de la obligación de dar para lograr el cumplimiento *in natura* del objeto debido; basta que la cosa exista, que esté en el patrimonio del deudor y en su posesión. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, como lo debido es un hecho de conducta, no es posible lograr su forzada realización, si para ello es menester practicar violencia en la persona del deudor.
- En las obligaciones de dar es casi indiferente la persona del deudor porque la pretensión del acreedor persigue un bien o cosa. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, siendo su objeto generalmente un hecho de conducta, la persona del deudor tiene especial importancia para el acreedor.
- En las obligaciones de hacer la prestación está limitada por la aptitud real del obligado para practicarla, descartándose en el estado actual de la civilización esfuerzos excesivos que importen peligro para la salud. En cambio, tratándose de obligaciones de dar, el deber respectivo es independiente de la aptitud del obligado y de su solvencia; quien debe una cosa no queda liberado por no tenerla, o por no tener medios para adquirirla.

Las obligaciones de hacer que terminan en un dar, son, entonces, aquéllas en las cuales el deudor elabora un bien u obra y, al concluirlo, procede a entregarlo al acreedor.

b. Obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer

Para Jorge Joaquín Llambías[451], la obligación de hacer es un hecho de conducta, a diferencia del objeto de las obligaciones de dar, que consiste en un bien, del que debe desprenderse el deudor a favor del acreedor; significando esto que las obligaciones de hacer se caracterizan por el compromiso de una energía de trabajo, sea física o moral, del deudor a favor del acreedor.

Dice Lafaille[452] que toda obligación consistente en un hecho del hombre que no esté comprendido entre los de dar, pertenece al grupo de las obligaciones de hacer.

Las obligaciones de hacer que concluyen en un hacer, propiamente dicho, no pasa por la elaboración de un bien u obra. Se agotan en el propio hacer.

Con relación al tema de la determinación de las obligaciones de hacer, sin lugar a dudas éste es mucho más preciso que en las obligaciones de dar. En palabras

450 *Ibidem*, pp. 258 y 259.

451 *Ibidem*, p. 257.

452 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 83.

de Héctor Lafaille[453], las prestaciones que reconocen como contenido el cumplimiento de un acto, son de índole más concreta y no se prestan a la indeterminación, tanto como las concernientes a las cosas. Agrega que aquí no existe fungibilidad, ni se trata de dinero, ni cabe elegir entre las de un género, limitado o ilimitado, siendo apenas dado observar un matiz de carácter abstracto, en aquellas hipótesis en que no es posible sustituir al deudor para el cumplimiento de la prestación.

Difiere de este parecer Eduardo B. Busso[454], para quien el concepto de fungibilidad, en lo relativo a la prestación, abarca todo el campo de las obligaciones y, en especial, se lo puede utilizar bien sea con relación a las obligaciones de dar, como a las de hacer; precisa también que su aplicación es muy diferente según se trate de una u otra clase de obligaciones. Así, en las obligaciones de dar, el cumplimiento de la prestación —entrega del bien debido— es lo único que importa, y puede ser hecho indiferentemente por uno o por otro. No ocurre lo mismo en las obligaciones de hacer, cuyo contenido —ejecución de un hecho a cargo del deudor— resulta a menudo infungible (*sic*), residiendo en tales casos la dificultad práctica —en cada supuesto en concreto— en si la prestación ha de clasificarse como fungible o como infungible (*sic*). Messineo[455] parece compartir la opinión de Busso, al sostener que algunas obligaciones de hacer son infungibles (*sic*), en el sentido de que su cumplimiento no puede ser obra sino del deudor en persona; así, en ciertas figuras de obligaciones del contrato de obra, y, a veces, del contrato de trabajo y similares. Agrega el citado autor italiano que, de ordinario, las obligaciones son fungibles, o sea, que pueden ser cumplidas también por un tercero.

Por su parte, la jurisprudencia en la Casación n.° 3321-2013-Lambayeque, de fecha 30 de abril de 2015, ha determinado que toda obligación que no sea de dar, será de hacer, «Conforme a lo señalado por el artículo 1148 del Código Civil [,] la obligación de hacer consiste en todas aquellas actividades positivas a que queda sujeto el deudor [,] siempre que no se trate de la transferencia de un derecho de propiedad u otro derecho real [,] es decir [,] que por argumento de exclusión toda actividad positiva del deudor que no sea un dar es un hacer [,] cumpliéndose este cuando el deudor realiza la actividad de la manera y en las condiciones de lugar y tiempo en que fue contradicha [sic —léase en que fue contraída—] la obligación».[456]

Por nuestra parte, disentimos de lo señalado en la Casación antes citada, en la medida en que, si no se trata de una obligación de dar, ella no necesariamente será de hacer, pues podrá ser una de no hacer. Pero, si nos circunscribimos a aquellas

453 *Ibidem*, pp. 82 y 83.
454 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 353.
455 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 40.
456 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 879.

obligaciones que implican conductas positivas del deudor, ahí sí podríamos suscribir lo señalado en la sentencia citada.[457]

Ahora bien, las reglas de las obligaciones de hacer se inician en el Código Civil peruano con el artículo 1148, que establece que el deudor deberá ejecutar la obligación en el plazo y modo pactados (omite decir, aunque ello carece de relevancia, «o en los establecidos por la ley») o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

En ese sentido, creemos importante hacer referencia a los temas del plazo[458] y del modo.

El plazo es una de las modalidades del acto jurídico. Así, Espinoza Espinoza[459] señala que «El término o plazo es el acontecimiento futuro y cierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico; puede ser inicial (llamado también suspensivo) o final [...]». Éste debe establecerse de manera expresa o tácita en aquél. De lo contrario (de no haberse establecido expresa o tácitamente plazo alguno), la ejecución de una obligación se deberá realizar de manera inmediata. Resulta conveniente anotar que, si no hay plazo, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (artículo 1240 del Código Civil peruano), salvo que de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujere que ha querido concederse al deudor (artículo 182). Y el problema con el artículo 182 es que, aun cuando en él se establecía (antes de la reforma introducida por el Código Procesal Civil de 1993) que el procedimiento para fijar el plazo era de menor cuantía, éste podía ser muy dilatado.

El espíritu del Código de 1984 sugiere que para estos casos se dicten normas procesales de gran celeridad, lo cual no se cumplía con el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Este mismo problema se presenta con otras normas del Derecho de Obligaciones, como por ejemplo en la fijación del plazo por el juez, prevista por el artículo 1144.

Definitivamente, de no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente, con la restricción señalada por el citado artículo 182 del Código Civil[460];

457 Texto correspondiente a la tercera edición.

458 Para mayor abundamiento, recomendamos al lector la obra de Juan Espinoza Espinoza (Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 285 y ss.); y Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 201 y ss. [La última obra es una referencia agregada en la tercera edición]

459 Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, p. 285.

460 El texto del referido artículo es el siguiente:
Artículo 182.- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.
La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y, de existir plazo, deberá ejecutarse dentro de él. Si el plazo fuese suspensivo, a partir de él mismo, y si fuese resolutorio, hasta su advenimiento. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de ella (pago).

La ejecución debe cumplirse rigurosamente dentro del plazo, no debiendo efectuar el deudor ni un cumplimiento anticipado ni un cumplimiento tardío.

Existirán obligaciones en las cuales el cumplimiento por parte del deudor dentro del plazo establecido será de mayor importancia que en otras. Por ejemplo, si la obligación consistiese en dar una suma dineraria el día 27 de mayo a las 5:00 de la tarde y el deudor efectuase dicho pago a las 6:15, lo más probable es que la demora no cause mayores inconvenientes al acreedor (aunque podría ocurrir lo contrario). De otro lado, podríamos tener una obligación de hacer por la cual un determinado cantante se comprometa a brindar un concierto el día 29 de mayo a las 7:00 de la noche. En este caso, resulta evidente que, si el cantante no se aparece a esa hora, sino a las 11:30 de la noche, habrá causado muchos inconvenientes y, de seguro, daños y perjuicios a su acreedor.

De ahí la importancia del plazo y el respeto hacia éste.

En lo que se refiere al modo pactado para el cumplimiento de la obligación de hacer, consideramos que resulta obvio que el artículo 1148 no está aludiendo al modo —sinónimo de cargo— como una de las modalidades del acto jurídico, sino que está empleando este término en sentido lato, vulgar, debiéndose entender por modo a la forma o manera en que deberá ejecutarse dicha obligación. La Real Academia Española[461] señala que el modo es el procedimiento o conjunto de procedimientos para realizar una acción.

Para Héctor Lafaille[462], modo significa la manera de realizar el hecho con sus diferentes detalles y peculiaridades, que escapan a las cláusulas contractuales, por minuciosas que ellas sean, de ahí que deban resolver los jueces cuándo no existe manifestación expresa o tácita de voluntad. En tal sentido, el mencionado autor señala que a este respecto revisten gran valor la prueba pericial y las que él denomina como «reglas del arte». Agrega Lafaille que cuando hablamos del modo y del cumplimiento idóneo de la prestación de hacer, no deben entenderse como alejadas del cumplimiento adecuado de la prestación pequeñas imperfecciones, subsanables a veces con simples retoques, o que podrían ser indemnizadas adecuadamente con una rebaja en el precio, pues si se considerase el más mínimo alejamiento en la ejecución de la prestación de hacer, de los términos pactados, podrían ocasionarse numerosos abusos, más aún cuando estuviesen en juego consideraciones estéticas y de gusto individual; razón por la cual, en criterio que compartimos, el alejamiento del modo pactado debe tener trascendencia

461 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo XIII, p. 1030.

462 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 84.

en cuanto a la inejecución de obligaciones únicamente para los casos en los que revista tal importancia.

No obstante ser el modo de singular importancia en el caso de las obligaciones de hacer, no resulta privativo de ellas. Como señala José León Barandiarán[463], refiriéndose al artículo 1182 del Código Civil de 1936 —antecedente directo del numeral 1148, bajo comentario—:

> El principio en ella contenido no tiene, en verdad, por qué ser limitado sólo a las obligaciones de hacer, sino que informa a toda obligación en general. Toda obligación debe ejecutarse de buena fe, y así el deudor debe ejecutarla en tiempo oportuno y en el modo que fue querido por las partes. Un cumplimiento tardío o defectuoso, no es apto para considerar liberado al deudor. Mas acaso se explica la reiteración del principio, a que se contrae el mandato legal, concernientemente en especial a las obligaciones de hacer, en base a que en éstas la manera como se ejecuten ellas es de un valor esencial y determinante. En las obligaciones de hacer influye enormemente el modo y la oportunidad cómo se efectúen las prestaciones. Es una cuestión muy especial esta relativa al tiempo, y sobre todo al modo, que se apreciará, pues, según las circunstancias, las condiciones personales de las partes y la naturaleza de la misma obligación.

Volviendo al ejemplo del cantante, resultará evidente que, si se hubiese comprometido a actuar con el apoyo de una orquesta de 20 músicos, y se apareciese solamente con 10 de ellos, no podría ejecutar su obligación en el modo o forma pactados.

Por otra parte, creemos que el modo no se aplica a pequeñas diferencias, en las cuales no se podría rehusar la ejecución del hecho, aunque sí exigir una indemnización. Por ejemplo, si el cantante se presentase con 19 músicos en lugar de 20. O la eventual destrucción de dos mil ejemplares de la edición de un libro porque la calidad del papel fuese ligeramente distinta a la prevista en el contrato.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la obligación de hacer no se hubiese celebrado señalando plazo y/o modo de su ejecución.

Sólo en tal caso regirá lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1148 del Código Civil peruano, en el sentido de que deberá ejecutarse en el plazo y modo exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Sobre el particular, en materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 2366-97-Cono Norte, de fecha 3 de junio de 1998, que señala lo siguiente, «Cuando no exista un plazo pactado, la obligación de hacer se cumplirá en los exigidos por su naturaleza o las exigencias del caso: incumplimiento en la edificación de un segundo piso. Tercero. Existe una interpretación errónea del artículo 1148

463 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 50.

del Código Civil, porque dicho dispositivo contiene dos situaciones, la primera que exista en el contrato el plazo y modo pactados, en cuyo caso la prestación tiene que cumplirse en dicha forma y la segunda cuando no exista tal plazo, en cuyo supuesto la obligación se cumplirá en los exigidos por su naturaleza o las exigencias del caso. Cuarto. En este caso el transcurso de más de nueve años sin que se haya edificado el segundo piso y tratándose la naturaleza de la obligación que lo pactado en la división y partición no era sólo para dividirse el primer piso, sino para construir cuatro pisos y azotea, el incumplimiento de la demandada en la edificación del segundo piso ha hecho imposible que el demandante edifique el tercer piso que le correspondía lo que determina el incumplimiento de la prestación de la demandada, de acuerdo con el segundo supuesto del artículo 1148 del Código Civil antes mencionado».[464]

Ahora nos corresponde analizar los alcances de estos términos (naturaleza de la obligación y circunstancias del caso), que consideramos indesligables el uno del otro[465]:

a. La naturaleza de la obligación alude, a nuestro entender, a las condiciones en que generalmente o de acuerdo con el caso en particular, deba ser ejecutada una obligación de las características de la que se ha celebrado; es decir, que deberán considerarse una serie de elementos, tales como:

   - Una adecuada interpretación de las condiciones (cláusulas) pactadas en el contrato.
   - Si es que dicho deudor acostumbra realizar prestaciones similares a la que se ha obligado a ejecutar.
   - Anteriores obligaciones similares pactadas entre las partes.
   - Idóneos criterios de razonabilidad, sobre la base de los cuales el cumplimiento de la prestación sea lo más adecuado a lo pactado por las partes y haga que a través de su ejecución, en un determinado plazo y modo, el contrato revista la mayor justicia o equidad.

Pensamos que para el caso en que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, la naturaleza de la prestación, el modo y el plazo en que deban ser ejecutados, deberán estar en directa relación con el contenido de la contraprestación a recibir.

464 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 879.

465 Esto, a diferencia de lo señalado por la jurisprudencia nacional, cuando sostiene que: «Cuando el artículo 1148 del Código Civil prevé que la obligación puede cumplirse en los términos exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, debe entenderse que se refiere a las condiciones en que generalmente deba ejecutarse la obligación pactada». (En Casación n.° 1567-2004-Lima. Hinostroza Mínguez, Alberto. *Guía actualizada de casaciones*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 179).

b. Las circunstancias del caso están íntimamente relacionadas con la naturaleza de la obligación (o, mejor dicho, de la prestación que constituye su objeto), pero se encuentran no referidas a la generalidad de prestaciones, sino a la prestación en concreto.

Nos resulta difícil efectuar una clara diferenciación entre las circunstancias del caso y la naturaleza de la prestación, pero creemos que sería importante tener en cuenta para estos efectos algunas consideraciones extra contractuales.

Para el desarrollo de esta idea vamos a utilizar un ejemplo, a nuestro entender ilustrativo —sólo con fines didácticos—.

Si se tratase de la presentación de un grupo de *rock* británico, y no se hubiese fijado la fecha exacta de su presentación, pero se diera por entendido que dicho grupo realizará una gira por Sudamérica en el mes de julio del año de la celebración del contrato, podría entenderse que, de acuerdo a las circunstancias del caso, la presentación de dicho grupo se efectuará en el transcurso de la mencionada gira, es decir, alrededor del mes de julio.

Adicionalmente, si se trata de un grupo que va a efectuar conciertos destinados a la juventud, resulta razonable pensar, de acuerdo a esta circunstancia, que dichos conciertos no deberán ejecutarse precisamente en días y horas en que la mayor parte de los jóvenes realiza actividades propias de su edad, vale decir trabajar y estudiar. En tal sentido, será lógico pensar que el grupo deberá ejecutar su concierto en horas de la noche de algún viernes o sábado o en el transcurso de un día domingo, a cualquier hora cómoda para la asistencia de los jóvenes.

Del ejemplo citado podemos extraer como conclusión que el tema de las circunstancias del caso, más que estar referido al contenido del propio contrato, alude al contrato en sí, pero no de manera aislada, sino con relación al entorno social que lo rodea, a fin de que las situaciones o condiciones que plantee dicho entorno hagan que la prestación pactada se realice de la manera más acorde con la equidad y justicia contractual. Naturalmente que, si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, deberá valorarse dicha equidad en razón de la contraprestación pactada.

La jurisprudencia nacional[466] ha hecho alusión al artículo bajo análisis, señalando que «Examinado el texto del artículo 1148 del Código Civil, se llega a la determinación de que ella contiene dos supuestos; uno, que el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, y otro, debe cumplir en los términos exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. Este último supuesto ha sido recogido por la Sala Superior al

466 Casación n.° 1567-2002-Lima. En Gaceta Jurídica. *El Código Civil en su jurisprudencia.* Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 403.

aplicar la norma al caso de autos. Así, el cumplimiento de la obligación no puede quedar al libre albedrío de quien se comprometió a ella».

Ahora bien, debemos señalar que el cumplimiento dentro del plazo y modo previstos —que deban aplicarse en relación con la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso—, no es una regla relativa únicamente a las obligaciones con prestación de hacer, sino que también resulta fundamental para las obligaciones de dar y de no hacer, razón por la cual el artículo 1148 del Código Civil no es privativo de las obligaciones de hacer.

Sin embargo, anotamos que los códigos, en esta materia, ponen énfasis en las obligaciones de hacer, porque usualmente en ellas el plazo y el modo son más importantes que en las obligaciones de dar y de no hacer.

Por último, destacamos también que en la Casación n.° 3321-2013-Lambayeque, de fecha 30 de abril de 2015, la Corte Suprema ha señalado qué se entiende por obligación de hacer, «Conforme a lo señalado por el artículo 1148 del Código Civil [,] la obligación de hacer consiste en todas aquellas actividades positivas a que queda sujeto el deudor [,] siempre que no se trate de la transferencia de un derecho de propiedad u otro derecho real [,] es decir [,] que por argumento de exclusión toda actividad positiva del deudor que no sea un dar es un hacer [,] cumpliéndose este cuando el deudor realiza la actividad de la manera y en las condiciones de lugar y tiempo en que fue contradicha [*sic* —léase en que fue contraída—] la obligación [...]».[467]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

467 División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Op. cit.*, p. 15.

Ejecución de la prestación por terceros

Artículo 1149.- La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales.

1. Fuentes nacionales del artículo 1149

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la ejecución de la prestación por tercera persona y por arbitrio judicial, tenemos a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley Tercera, Título XIV, Partida Quinta. En lo referente al obligado, tenemos a la Ley 12, *in fine*, Título XI, Partida Quinta.

El artículo 1149 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. En cambio, sí los tuvo en los demás códigos y proyectos de código que se elaboraron en nuestro país.

Así, el tema fue regulado por el artículo 831 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836: «La obligación de hacer no puede desempeñarse por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene un interés en que la cumpla el deudor»; y por el Código Civil de 1852, en su artículo 2217: «La obligación de hacer, no puede cumplirse por un tercero, si el acreedor no lo consiente; excepto si fuere indiferente la calidad del ejecutor».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba sobre el particular en tres preceptos: los artículos 1501: «El que tiene la obligación de hacer, puede bajo su responsabilidad cumplirla por medio de otra persona; a no ser que la obligación haya sido contraída en atención a la ciencia, arte, industria, o cualidades personales del deudor»; 2899: «El acreedor tiene la obligación de aceptar el pago de un tercero, ya pague en nombre propio, ya en nombre del deudor; pero no está obligado a poner en su lugar al tercero que paga»; y 2900: «No se extingue sino que se traslada la obligación, si un tercero paga, sustituyéndose al acreedor o sea tomando los derechos de éste.— La sustitución se verifica ordinariamente por convenio; pero también hay lugar a ella por mera disposición de la ley, siempre que el tercero está legalmente interesado en extinguir el derecho del acreedor primitivo.— Si la obligación es de hacer, y ha sido contraída en los términos designados en la segunda parte del artículo 1501, la obra no puede ser ejecutada por otra persona contra la voluntad del acreedor».

Posteriormente, el tema fue abordado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, a través de sus artículos

LEGALIA MATOS CASTILLO FREYRE

137: «El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales»; y 199: «La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero, si el acreedor no lo consiente; excepto si fuere indiferente la calidad del ejecutor».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, trata sobre la materia en su artículo 128: «El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, lo hizo en el artículo 1173: «El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales».

El Código Civil de 1936 la legisló en su artículo 1138, que establecía lo siguiente: «El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales».

Ya en el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, abordó el tema en su artículo 20, que establecía que: «El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor haya sido elegida por su industria, arte o cualidades personales».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, reguló el particular en su artículo 23, que señalaba que: «La prestación podrá ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales»; mientras que el principio era reiterado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1165: «La prestación podrá ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales»; y hacía lo propio el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1117: «La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales».

2. Análisis

2.1. Generalidades

El principio general respecto de quién debe ejecutar la prestación objeto de la obligación de hacer es que ésta puede ser cumplida por el deudor o por persona distinta al deudor; pero debemos precisar que esta regla no sólo es de aplicación a las obligaciones de hacer, sino a todas las obligaciones, a menos que su naturaleza, el pacto o una disposición legal lo impidan, como es el caso de las obligaciones

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de no hacer, a las que, por su naturaleza, no les es de aplicación el principio contenido en el artículo 1149.

Tal como expresa León Barandiarán[468]:

> Como regla, es indiferente quién cumple una obligación de índole contractual. Lo que importa es que el acreedor halle satisfacción de un crédito. De ahí el pago puede ser hecho por el propio deudor o por otra persona, y aun cuando no tenga interés en la *solutio* misma (artículo 1235 del Código Civil de 1936, hoy artículo 1222 del Código Civil de 1984). Esta regla que, sobre todo, campea en las obligaciones *dandi*, también se presenta en las de hacer. Sólo que aquí con mayor frecuencia sobreviene la necesidad o conveniencia de la ejecución por la misma persona que asumió la obligación. De ahí que el artículo 1183 (Código Civil de 1936) se refiera a la alternativa: que la prestación pueda llevarse a cabo por un tercero o que deba ser hecha por el mismo deudor. Es decir, pues, que tratándose de dichas obligaciones *facendi*, puede tener importancia cardinal el que personalmente el obligado realice la prestación. Así, la pintura de un cuadro por un artista escogido por sus méritos propios, la defensa de un juicio por determinado abogado, el cumplimiento de un mandato delicado. De ahí, en coligancia con el carácter de *intuitu personae* de ciertas obras o servicios, que el contrato de empresa se disuelva por muerte del empresario (artículo 1565 del Código Civil de 1936), y el contrato de locación de servicio por muerte de locador (artículo 1551 del Código Civil de 1936); que por regla el mandatario deba desempeñar personalmente el encargo (artículo 1638 del Código Civil de 1936).

Para Eduardo B. Busso[469] el principio general es que las obligaciones de hacer puedan ser cumplidas por otro distinto que el obligado, bajo la sola condición de que el hecho prometido no tuviera el carácter de infungible; agrega que presentaría este último carácter si la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales. Añade Busso que, en general, el hecho deberá considerarse ejecutable por un tercero cada vez que se trate de un servicio meramente manual en el que, por lo común, no se toma en cuenta, al menos de manera determinante, la personalidad del obligado.

Lo señalado también se deriva del primer párrafo del artículo 1222 del Código Civil peruano, según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

468 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 53.

469 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 353 y 354.

Observa Salvat[470], sin embargo, que si se hubiese estipulado expresamente que el hecho sería ejecutado por el deudor mismo (pese a que sería perfectamente posible que lo haga cualquier persona), no podría entonces, aun cuando se tratara de obligaciones de esta clase, ser ejecutado por un tercero, siendo ésta una estipulación perfectamente lícita y obligatoria para las partes.

2.2. Excepciones

La primera excepción prevista al artículo 1222 del Código Civil peruano, que permite a un tercero efectuar el pago, está referida a las obligaciones *intuitu personae*, vale decir, a aquéllas celebradas en consideración fundamental de la persona del deudor y de sus cualidades especiales respecto al cumplimiento o ejecución de la prestación pactada. Resulta evidente que en este caso el acreedor podrá oponerse a que persona distinta al deudor ejecute la prestación debida, ya que se estaría yendo contra la forma en que fue pactada dicha prestación.

Como expresa León Barandiarán[471]: «En efecto, por regla es indiferente quién pueda proceder al cumplimiento de la obligación, el propio deudor o un tercero (artículo 1235 —se refiere al Código Civil de 1936—). Pero tratándose especialmente de las obligaciones *facendi*, puede tener importancia capital que la prestación se ejecute personalmente por el mismo obligado. Lo que interesa es que el hecho se lleve a cabo en el modo convenido; y si un tercero puede ejecutarlo de tal modo, no hay motivo plausible para que la ley le vede efecto liberatorio».

Para Busso[472] habrá un hecho no fungible —esto es, de tal naturaleza que no le está permitido al deudor hacerse sustituir por otro en el cumplimiento— cuando el acreedor lo haya elegido teniendo preferentemente en cuenta su habilidad específica para el ejercicio de la industria, la ciencia o el arte de referencia o, de otro modo, sus cualidades personales.

Observa el citado autor la conveniencia de apuntar que, conforme al concepto de la ley, el decidir si en cada caso concreto hay o no un servicio no fungible, depende en definitiva de la intención de las partes, y que por eso aquel atributo siempre se resuelve en una circunstancia de hecho, cuya prueba estará a cargo de quien la afirmase. Busso cita como ejemplos de obligación de hacer de naturaleza no fungible, el que un cirujano famoso y de reputación universal se obligue a llevar a cabo una operación quirúrgica; o más generalmente, aquéllas de un sabio o de un literato que se han comprometido a entregar una obra, así como las de un abogado o un arquitecto cuya intervención profesional se requiere.

Si bien es cierto que el principio del artículo 1222 del Código Civil peruano es de aplicación a la generalidad de obligaciones, no es menos cierto que cobra

470 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 461.

471 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 54.

472 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 354.

mayor importancia en lo que respecta a las obligaciones de hacer y mucha mayor relevancia en las de no hacer, ya que estas últimas tienen un carácter personalísimo.

En segundo lugar, en el caso de las obligaciones de hacer que concluyen en un dar, si se tratase de obligaciones *intuitu personae*, como podría ser la pintura de un retrato del acreedor por un pintor famoso, habría que distinguir entre el hacer propiamente dicho (la pintura del cuadro) y la entrega de dicho cuadro. Aquí será evidente que el acreedor podría oponerse a que otra persona distinta del deudor pinte el cuadro, pero no podría oponerse a que alguien distinto del deudor le entregue el cuadro ya pintado por el propio deudor.

Obviamente, el otro supuesto en que el acreedor podrá exigir que el deudor mismo sea quien ejecute la prestación consistiría en que no sea ella *intuitu personae*, pero así se hubiese pactado.

Por último, la tercera de las excepciones se presentará cuando la ley impida que un tercero ejecute la obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FARFÁN

Opciones del acreedor por inejecución de obligaciones

Artículo 1150.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

3.- Dejar sin efecto la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1150

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta.

El único cuerpo normativo nacional que no reguló el tema legislado por el artículo 1150 del Código Civil peruano de 1984 fue el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató la materia en dos normas; artículos 739: «El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacerse autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar»; y 740: «Puede igualmente en caso de inejecución de una cosa, ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a expensas del obligado».

Posteriormente, legisló el tema el Código Civil de 1852, que establecía, a través de su artículo 1276, que: «Cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falla por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se le autorice para que, a costa de la persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que se hizo contra el pacto».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trató el particular en una de sus normas, el artículo 1503: «Cuando el que tiene obligación de hacer, incurre en mora, puede pedir el acreedor, a su elección, o que el deudor sea apremiado para que cumpla lo convenido, o que se le autorice para que haga ejecutar por un tercero,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a expensas del obligado, lo que éste debe hacer.— En ambos casos puede pedir además el acreedor que el deudor le indemnice los daños y perjuicios resultantes de la ejecución del hecho; pero no basta que éste se allane a la indemnización para quedar exonerado de cumplir la obligación contraída».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre el particular en sus artículos 140 y 141. La primera de las normas citadas prescribía que: «Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; mientras que la segunda disponía que: «Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación». El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, seguía igual metodología que su predecesor, al regular el tema en sus artículos 131: «Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 132: «Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba sobre el tema en sus artículos 1176 y 1177, de modo muy similar que sus predecesores inmediatos. Así, el artículo 1176 señalaba que: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; mientras que el artículo 1177 prescribía lo siguiente: «Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar los daños y perjuicios». El Código Civil de 1936 reiteraba estos principios en sus artículos 1186: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 1187: «Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar los daños y perjuicios».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, legislaba la materia en dos normas; los artículos 23: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 24: «Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios».

ESTUDIO VARGAS CASTILLO PERÚ

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 24, ya vislumbraba la redacción que habría de tener en el Código este precepto: «El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.— 3.- Dejar sin efecto la obligación».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, tomó como referencia a su inmediato predecesor y prescribió (artículo 1166) que: «El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.— 3.- Dejar sin efecto la obligación»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984 (artículo 1118), prescribía que: «El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.— 3.- Dejar sin efecto la obligación».

2. Análisis

2.1. Precisiones necesarias

El artículo 1150 del Código Civil peruano está referido al supuesto en el cual el deudor hubiese incumplido con ejecutar la totalidad de la obligación (no al supuesto de que la haya ejecutado sólo parcialmente). Es importante resaltar esta particularidad, debido a que el Código Civil peruano dispone de otras normas que regulan las demás hipótesis susceptibles de presentarse en la vida real.

2.2. Opciones

En este precepto se establecen una serie de medidas por las cuales podrá optar el acreedor ante dicho incumplimiento. Vamos a proceder al análisis de cada una de ellas.

2.2.1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido

El inciso primero del numeral 1150 señala que se podrá exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Esto quiere decir que en todos aquellos casos en que el deudor se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

niegue a hacer algo, el acreedor no podrá exigir a dicho deudor el cumplimiento de la prestación si para lograrlo requiere ejercitar violencia contra su persona.

Olaechea[473], sobre este particular, señalaba que, si urge la imposibilidad de realizar el acto sin culpa del deudor, la obligación se disuelve y tendrá lugar la devolución de lo que el deudor hubiere recibido en razón del acto que se proponía ejecutar; y si la imposibilidad proviene de culpa imputable al deudor, la obligación se resuelve en la de indemnizar perjuicios, en vista de que nadie puede ser compelido por la violencia a realizar la prestación prometida. No exige la ley que el acto sea practicado por el mismo deudor cuando la calidad del ejecutor sea indiferente; pero si la persona del deudor fue elegida en atención a sus condiciones inherentes, como su notoria pericia o su preparación técnica o artística, la subrogación es impracticable.

Así, pues, podríamos decir, junto a Badani Chávez[474], que el deudor debe cumplir exactamente la obligación y el acreedor tiene derecho de obligarle a este exacto cumplimiento con el amparo del Poder Público. Pero el derecho a la ejecución forzada tiene una doble limitación, la primera en el respeto a la libertad personal, que no permite emplear contra el deudor sino medios indirectos que se dirigen contra sus bienes; y la segunda en la naturaleza misma de las cosas, que no permite obtener que el deudor realice contra su voluntad el acto o servicio que no quiere ejecutar. Es por esto que la indemnización de daños y perjuicios queda siempre como medida subsidiaria a la que puede recurrir el acreedor en la imposibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación.

Busso[475] efectúa un análisis histórico acerca de la evolución del principio por el cual el acreedor puede demandar judicialmente la ejecución forzosa de la obligación de hacer. En tal sentido, señala que en el antiguo Derecho francés rigió el viejo adagio *nemo potest precise cogi ad factum* (nadie puede ser compelido a prestar su hecho); agrega que los antiguos autores no consideraron tal aforismo de una aplicación general y absoluta. Precisa que Pothier, por ejemplo, expresa al respecto que la regla no tiene aplicación sino con referencia a las obligaciones que tienen por objeto algún acto corporal de la persona del deudor, al cual no podrá ser constreñido sin que se atentara contra su persona y su libertad; nos recuerda que la misma observación formulaba Bigot-Préameneu en el curso de los trabajos preparatorios del Código Civil francés. En relación con este cuerpo legislativo, Busso anota que no obstante los antecedentes señalados, el Código francés estableció en su artículo 1142 una regla de apariencia absoluta: toda obligación

473 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, pp. 18 y 19.

474 Badani Chávez, Rosendo. *Obligaciones y contratos. Primera parte: obligaciones*. Lima: Imprenta Atlántida, s/f. Tercer curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 44.

475 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo II, pp. 213 y 214.

de hacer o de no hacer se resuelve en daños e intereses en caso de inejecución por parte del deudor.

Agrega Busso que, desde luego, la prestación en cuanto importa una determinada conducta del deudor, es siempre un acto voluntario y, por tanto, incoercible, sin impedir ello que la ley trate de procurar por todos los medios a su alcance el cumplimiento efectivo de la obligación, ya que no podría depender de la buena o mala voluntad del deudor cambiar el objeto de la deuda, pues la fuerza obligatoria de las convenciones sería ilusoria.

Ahora bien, se debe tener en cuenta, junto a Domenico Barbero[476], que la hipótesis menos reductible a una ejecución forzada en forma específica es la de las obligaciones de hacer, y más aún la de las de no hacer, cuando no son cumplidas. En cuanto a las obligaciones de hacer, todo lo que se puede obtener es hacer que se realice por un tercero, a expensas del obligado, lo que éste debía hacer y no ha hecho ni quiere prestarse a hacer. Pero como nosotros señalaremos en su oportunidad, ello no resulta siempre posible, sino sólo en el caso en que estemos en presencia de obligaciones no contraídas *intuitu personae*.

No obstante lo expresado, según algunos autores[477] son muy escasos los supuestos en los que se pueda ejecutar una obligación de hacer forzadamente. Rousset, citado por León Barandiarán, consigna este ejemplo: si un individuo se compromete a abandonar en determinado tiempo una casa que ocupa y luego se niega a hacerlo, es evidente que la obligación obtendría pleno cumplimiento desalojando al obligado y conduciéndolo fuera de la casa por medio de la fuerza pública; el cumplimiento de la obligación sería posible y no habría más violencia que la que se emplea en la ejecución de los bienes del deudor por una obligación de dar, si el deudor se resiste.

En la introducción a la obra clásica de Giorgio Giorgi, el profesor español Eduardo Dato[478] señala que las obligaciones de hacer implican una utilidad o beneficio para el acreedor, obtenido directamente del hecho sobre el que recaen, constituyendo su objeto el servicio que el deudor debe prestar para la realización de un hecho determinado; añade que, por tanto, en caso de incumplimiento, la coacción para su efectividad ha de tener un campo mucho más limitado que en las obligaciones de dar, pues el Estado no puede compeler al deudor en la forma que puede hacerlo en éstas, y lo único que le es dado a hacer es mandar que se ejecute en costa del deudor lo que éste no quiso hacer; esto, a entender de Eduardo Dato y de otros autores, deviene en un recurso jurídico menguado cuando se trata de servicios personalísimos, cuyo valor está no tanto en el contenido material del

476 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, pp. 169 y 170.

477 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 57.

478 Dato Iradier, Eduardo, en la introducción a la obra de Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. XXX y XXXI.

servicio, como en la habilidad, quizá genial, del que debiera prestarlo. Por esta razón, a decir de Dato, en esta clase de obligaciones, que los autores denominan personales, el acreedor no tiene derecho más que a un movimiento psicológico de la voluntad del deudor.

Por su parte, Larombière[479] dedujo que los tribunales no pueden condenar principal y directamente al deudor a hacer cuando sólo tienen el derecho de condenarlo con el abono de daños y perjuicios derivados de su falta de cumplimiento.

Resulta interesante recordar que Huc[480], al exponer el principio de que las obligaciones de hacer son susceptibles de cumplimiento forzoso, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor, indica que este principio no fue seguido siempre de manera uniforme por la Corte de Casación francesa; precisa que en varias oportunidades dicho tribunal ha decidido lo contrario, admitiendo que los términos del artículo 1144 del Código Civil francés tienen un alcance facultativo y dejan a los jueces del hecho apreciar la oportunidad de un cumplimiento literal de la obligación, y de decidir, en consecuencia, que las obras construidas contraviniendo dicha obligación no serán destruidas; instituyéndose que los jueces tienen por función hacer adquirir a las partes aquello que se les debe, y no apreciar la oportunidad de sus reclamos.

Para Héctor Lafaille[481], en lo que atañe a las prestaciones de hacer, si el deudor se rehusara a cumplirlas, la facultad de compelerlo no podría ser ilimitada, por cuanto llevaría hasta ejercer violencia contra su persona, exceso frente al cual se detienen los poderes de los particulares, y aun los propios del Estado, cuando se lo concibe con criterio de ponderación. De modo tal que, si la obligación consistiera en uno de esos trabajos que cualquier individuo del oficio puede llenar sin dificultad, como sería el caso de un vulgar arreglo mecánico, el levantamiento de paredes, o conducir un vehículo, nada impide valerse de otro para satisfacer lo pactado o lo impuesto por la ley. La solución responde a motivos de orden práctico, pues sería irrealizable en la mayor parte de los supuestos, imponer la ejecución forzada, al no concebirse en ningún caso a un literato, a un hombre de ciencia, a un artista o a un actor trabajando por la fuerza. Añade que lo menos que podría decirse es que la obra, en tales condiciones, se realizaría mal, y que, en definitiva, el remedio se traduciría en detrimento para el acreedor, sin responder a las cualidades tenidas en consideración, siendo por ello preferible resarcir el daño, por imperfecta que sea esta manera de ejecutar la prestación.

Planiol y Ripert[482] tratan acerca de un punto no abordado por otros autores: el de la imposibilidad moral. Señalan que ésta se presenta cuando el hecho

479 Citado por Demolombe, Charles. *Op. cit.*, p. 490.

480 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 195.

481 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 150.

482 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VII, pp. 81 y 82.

a ejecutar es susceptible de imponerse materialmente por medios coactivos al deudor, pero esa coacción constituye un ataque legítimo a los derechos de su persona. De ahí el sentido del antiguo adagio romano de que toda obligación de hacer se resuelve, en caso de incumplimiento por el deudor, en una indemnización de daños y perjuicios. De este modo, concluyen Planiol y Ripert, el cumplimiento forzoso no queda, en principio, descartado en esas obligaciones, sino solamente en la medida en que necesitaría el empleo de medios violentos contrarios a la libertad individual.

Sin embargo, queremos hacer aquí una distinción. En lo que respecta al hacer propiamente dicho de la obligación, alcanzará plena vigencia esta norma, pero distinto será el caso en el cual el deudor ya hubiese cumplido con el hacer propiamente dicho, pero le faltase el dar para concluir con la ejecución de su prestación.

Si el acreedor, por ejemplo, hubiese encargado a un escultor la elaboración de una obra de arte, será evidente que si el escultor rehusase esculpir no se le podría forzar a ello, pues para estos efectos sería necesario emplear violencia contra su persona; pero distinto sería el caso en el cual dicho escultor ya hubiese terminado la escultura encargada, pero, como le agradó su resultado, no deseara entregarla al acreedor. En este caso sí se podría emplear medios violentos para que se concluyera con la ejecución de dicha prestación, ya que solamente sería necesario extraer la obra del taller del deudor para llevarla al domicilio del acreedor; y esta acción no estaría dirigida contra la persona del deudor, sino simplemente contra bienes materiales.

De otro lado, en materia jurisprudencial, observamos el siguiente pronunciamiento en la Casación n.º 278-98-Lima, de fecha 1 de julio de 1998, «Para la ejecución de un hecho debido, tratándose de un caso no urgente, debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido. En cambio, si es un caso urgente, es posible prescindir del órgano jurisdiccional. *Cuarto.* Para hacer una correcta interpretación de esta norma en el caso concreto que se examina debe tenerse en cuenta dos situaciones: primero, cuando no se trata de caso urgente debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido, en cuya hipótesis el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor bajo el concepto de gastos de la ejecución por otro, más la exigencia de un pago indemnizatorio, y segundo, cuando se da esa urgencia es posible prescindir del órgano jurisdiccional, para proceder por sí mismo o por un tercero, previa constitución en mora del deudor; la doctrina nacional es concorde con la solución expuesta y por tanto, debe entenderse así la correcta interpretación del inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil».[483]

483 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 880.

De no poderse optar por la medida a que se refiere el inciso primero del artículo 1150 del Código Civil peruano, por las razones señaladas, el acreedor tendría que ejercitar cualquiera de las otras dos alternativas previstas por esa norma.

2.2.2. Que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste

La segunda alternativa es exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

La ejecución de esta opción también deberá hacerse por la vía judicial, y para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, por cuenta de éste, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. De existir esta resolución, se podrá encomendar la ejecución de la prestación a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.

Resulta obvio que el tercero no ejecutará la prestación gratuitamente, sino que cobrará por dicho concepto. Pues bien, el mayor importe que perciba dicho tercero y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor que se halla en situación de incumplimiento. Justamente por ello se exige autorización judicial.

Es evidente que esta segunda opción podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída *intuitu personae*, o por el acreedor de prestación *intuitu personae* que encuentre un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

Naturalmente todos estos medios coactivos se deberán realizar, como lo hemos expresado, no por mano propia del acreedor, sino a través de un procedimiento judicial que concluya con una resolución autoritativa. En ausencia de tal resolución es posible el cumplimiento por un tercero, pero en este caso el acreedor no tendrá la certidumbre de lograr el verdadero resarcimiento por el mayor costo que la ejecución pueda originar.

León Barandiarán[484] señala que la regla no quiere decir que en ciertos casos de urgencia el acreedor no pueda, previa constitución en mora del deudor, proceder por sí mismo o por un tercero, sin obtener antes la autorización judicial, a la ejecución del hecho debido. Supongamos, a título de ejemplo, el caso de la obligación de reparar una casa; si el deudor no cumple su obligación, es indudable que el acreedor, una vez que lo hubiese constituido en mora, podría hacer efectuar las reparaciones por un tercero, sin necesidad de requerir previamente la autorización judicial. Pero, entonces, el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor, no en el concepto de gastos de la ejecución por otro de la obligación del deudor, sino a título de daños e intereses por la inejecución de ella.

484 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 59 y 60.

En otros términos: el caso se resolvería sobre la base de que el acreedor hubiese optado, no por la ejecución de la obligación a costa del deudor, sino por el pago de los daños e intereses derivados de la inejecución. La cuestión tiene interés práctico porque si bien el deudor tiene el derecho de discutir en cualquier caso el monto de lo que se le cobra, sea en el concepto de ejecución de la obligación a su costo, sea en el de daños e intereses por su inejecución, las facultades de los jueces para fijar el monto de lo que él debe pagar, son más amplias en el segundo caso que en el primero; en el segundo caso, en efecto, se trataría de una cuestión de indemnización, cuyo monto, como sabemos, queda librado a las dificultades de la prueba y a la apreciación de los jueces.

En palabras de Huc[485], la facultad de que goza el acreedor para ser autorizado judicialmente, en caso de incumplimiento, para cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor podrá ser ejercida siempre que el cumplimiento sea posible.

A su vez, tal como lo establece Antonio José de Souza Levenhagen[486], debe quedar esclarecido que la opción garantiza al acreedor que debe manifestarse judicialmente, pues si se hiciese de manera extrajudicial, estaría tomando la justicia por sus propias manos, situación que está vedada por la ley. Así, señala Levenhagen, habiendo retardo y negativa por parte del deudor en la ejecución de la prestación debida, corresponde al acreedor iniciar un procedimiento judicial en el cual tendrá que definir su opción al respecto, es decir, que deberá escoger entre ejecutar la prestación por un tercero a costa del deudor, o desistirse de ésta, exigiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La acción judicial resulta imprescindible para comprobar si realmente hubo negativa en la ejecución por parte del deudor.

Ahora bien, y teniendo en cuenta lo establecido por Busso[487], resulta indispensable dejar claro que es imperativo —en la configuración de esta posibilidad— el concurso de dos condiciones: la voluntad del acreedor y la autorización del juez.

Así, pues, en lo referente a la voluntad del acreedor, puede decirse que dependerá de si éste considera conveniente seguir el mencionado camino, lo que en buena cuenta implica descartar las opciones previstas en los incisos primero y tercero del ya mencionado artículo 1150 del Código Civil peruano. Adicionalmente, será necesario que se trate, tal como ha sido explicado en su oportunidad, de prestaciones fungibles, vale decir, que pudieran ser ejecutadas por cualquier persona distinta al deudor, indistintamente. Aquí, tal como señala Busso, a pesar de que la prestación que el acreedor decida ejecutar por un tercero, previa autorización

485 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 196.

486 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentarios didácticos. Direito das Obrigaçoes*. Sao Paulo: Editora Atlas, 1978, pp. 39 y 40.

487 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 369 y 370.

judicial, sea de naturaleza no fungible, el deudor no podría oponerse a la sustitución so pretexto de que el acreedor tiene derecho a resistirse a ella, ya que la no fungibilidad de la prestación produce sus efectos en interés exclusivo del acreedor, y el derecho correspondiente es, sin duda, renunciable.

El segundo requisito, referido a la autorización judicial previa, se explica, por una parte, porque en general la posibilidad para el acreedor de actuar sin el control de la autoridad judicial implicaría una violación de la máxima, según la cual nadie puede hacerse justicia por sí mismo; así, parece necesario, para autorizar la medida coercitiva aquí señalada, que se halle previamente comprobado el incumplimiento culpable de la obligación por parte del deudor, incumplimiento del que la ejecución forzosa no es más que una consecuencia; la comprobación de este hecho sólo puede ser de carácter judicial.

No obstante lo señalado, Busso agrega que la doctrina reconoce en forma unánime que la autorización judicial no es indispensable en los casos de urgencia. Sin embargo —añade—, no bastará la razón de urgencia para prescindir de la autorización judicial, si fuera necesario para su ejecución llevar un ataque directo al patrimonio del deudor, como sería el caso en que fuese necesario ingresar en el inmueble del deudor, situación en la que el acreedor incurriría en una vía de hecho, que le podría llevar a asumir responsabilidades civiles y hasta penales.

Por otra parte, con relación al carácter obligatorio o facultativo de la autorización judicial, Busso habla de una serie de sistemas. Así, según un primer sistema, consagrado por la jurisprudencia francesa, los tribunales gozan en esta materia de un poder discrecional de apreciación. En un segundo sistema se distingue según se trate de una infracción a la obligación de hacer o a la obligación de no hacer. En el primer caso, se admite que el juez goza de un poder discrecional, mientras que en el segundo caso se hallaría obligado a ordenar la destrucción de las obras indebidamente construidas, cuando esto fuera requerido. En un tercer sistema, los jueces tendrían no la facultad sino el deber de ordenar la ejecución en especie, toda vez que ello fuera posible, no pudiéndose negar, so pretexto de que esta ejecución o destrucción debiera importar gastos considerables.

Por nuestra parte, debemos agregar que esta segunda opción prevista por el Código Civil podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída *intuitu personae*, o por el acreedor de prestación *intuitu personae* que encuentre un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

Es evidente que en muchos casos recurrir al juez para que autorice la ejecución de la obligación por un tercero resultará inútil debido a la premura con que se tenga que cumplir la obligación. Sin embargo, es de confiar, lo reiteramos, que el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil logre superar tan grande obstáculo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese entender, la jurisprudencia nacional[488] se ha pronunciado sobre ambos supuestos —es decir, en el caso en que haya premura o urgencia y en el que no—, en el sentido de que «[...] cuando no se trata de caso urgente debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido, en cuya hipótesis el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor bajo el concepto de gastos de la ejecución por otro, más la exigencia de un pago indemnizatorio y [...] cuando se da esa urgencia es posible prescindir del órgano jurisdiccional para proceder por sí mismo o por un tercero, previa constitución en mora del deudor».

2.2.3. Facultar al acreedor para dejar sin efecto la obligación

Por último, el tercer supuesto faculta al acreedor para dejar sin efecto la obligación.

Respecto de este punto deseamos efectuar ciertas precisiones. El artículo 1150 establece tres supuestos. Resulta evidente que al acreedor que se vea imposibilitado de hacer valer su derecho a través de cualquiera de las dos primeras alternativas planteadas sólo le quedará optar por la tercera, vale decir, por demandar judicialmente que se declare sin efecto la obligación incumplida.

Pero consideramos que éste no será el único caso en el cual se pueda optar por la solución prevista por el inciso tercero del artículo 1150, ya que bien podría demandarse la rescisión o resolución del contrato, teniendo aún la posibilidad de acogerse a cualquiera de los dos primeros incisos. Podría optarse por el inciso tercero, por ejemplo, si el acreedor ya no tuviese interés en el cumplimiento de la obligación, ni por parte del deudor originario, ni con el auxilio de un tercero, o simplemente, por el mero incumplimiento de dicho deudor.

Marcadé[489] entiende que el acreedor perjudicado por el incumplimiento de la obligación sólo podría optar por el supuesto contemplado en el inciso tercero del artículo 1150 del Código Civil peruano, cuando el cumplimiento forzoso resulte sólo de violencia dirigida contra la persona del deudor, o cuando el acreedor, aunque capaz de obtener el cumplimiento directo por la fuerza, consienta en satisfacerse con dejar sin efecto la obligación y con una eventual indemnización de daños y perjuicios.

Sobre este particular, la jurisprudencia nacional[490], aunque con una redacción algo confusa, ha señalado que «De acuerdo al artículo 1150 del Código sustantivo, el incumplimiento contractual del deudor, en este caso, del demandado, faculta al acreedor, entre otras medidas, a dejar sin efecto la obligación, la cual debe entenderse que es por un hecho imputable al deudor; siendo ello así, dejar sin efecto la

488 Casación n.° 1753-97-Lima. Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 24 de septiembre de 1998. (En diario oficial *El Peruano*, 17 de noviembre de 1998, p. 2045).

489 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 439.

490 Casación n.° 2290-2002-Arequipa. En Gaceta Jurídica. *El Código Civil en su jurisprudencia. Op. cit.*, p. 403.

obligación, que es constituida por el contrato, implica una resolución del mismo, esto es, la resolución de la relación jurídica patrimonial».

Asimismo, en otra sentencia[491] se ha sostenido que «En caso de incumplimiento de lo pactado se puede plantear directamente ante el Poder Judicial la resolución del contrato, sin requerir la intimación previa, ello en concordancia con lo establecido por el inciso tercero del artículo 1150 del Código Civil, que faculta al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación de hacer, por culpa del deudor, a dejar sin efecto la obligación».

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.° 756-2016-Lima, de fecha 23 de noviembre de 2016, precisa que no cabe dejar sin efecto la obligación si no hay un incumplimiento total, «En tal sentido, de lo que se trata es de una ejecución parcial, tardía o defectuosa de la obligación por parte de la empresa demandada y, no de incumplimiento total de la obligación, como peticiona el demandante; por lo mismo, no se puede dejar sin efecto el referido contrato como manda el inciso 3 del artículo 1150 del Código Civil, pues éste se aplica siempre que exista un incumplimiento total de la obligación, lo cual, aquí no ocurre; por el contrario, al haberse ejecutado la obligación, cabe determinarse si ésta se ejecutó en forma parcial, tardía o defectuosa, de conformidad con lo establecido en el artículo 1151 del citado Código Civil. En consecuencia, la pretensión del demandante para que se deje sin efecto el Contrato de Fabricación de una Máquina Extrusora de Uva y su posterior indemnización, es infundada, por cuanto no se ajusta a los hechos controvertidos y al derecho aplicable».[492]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

491 Casación n.° 2366-1997-Lima.

492 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 360. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-756-2016-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Opciones del acreedor por ejecución parcial, tardía o defectuosa

Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.

2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

1. Fuentes nacionales del artículo 1151

Este artículo no tiene antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 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 de Jorge Vega García del año 1973.

Su primer antecedente se registra en el proceso de reforma al Código Civil de 1936. Es así que en el artículo 25 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, se establece que: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar las siguientes medidas: 1. Las previstas por los incisos 1) ó 2) del artículo anterior.— 2. Considerar no ejecutada la prestación, si le fuese inútil.— 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.— 4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».

Posteriormente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, recoge una norma similar en el artículo 1167 cuando dispone que: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

acreedor adoptar las siguientes medidas: 1. Las previstas por los incisos 1) ó 2) del artículo anterior.— 2. Considerar no ejecutada la prestación, si le fuese inútil.— 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.— 4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».

Por último, el artículo 1119 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, prescribe lo siguiente: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar las siguientes medidas: 1. Las previstas en el artículo 1118, incisos 1 ó 2.— 2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.— 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.— 4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».

2. Análisis

Mientras el artículo 1150 del Código Civil peruano alude a las opciones que la ley otorga al acreedor frente al incumplimiento total de la prestación por parte del deudor, el artículo 1151 está referido a los recursos que la ley concede al acreedor cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso, lo que equivale a decir que ha habido un incumplimiento de la obligación de distinto carácter al previsto por el artículo 1150.

2.1. Alcances de la norma

Los alcances de esta norma son analizados a continuación.

2.1.1. Respecto de la integridad de la prestación, resulta obvio que ésta debe ser cumplida en su totalidad, lo que equivale a decir que el deudor tendrá que ejecutar, ni más ni menos, aquello a lo que se ha obligado frente al acreedor

Si el deudor no ejecutase íntegramente la prestación, estaría efectuando un cumplimiento parcial de ésta, supuesto contemplado en el ámbito conceptual del artículo 1151.

Pero también podría ocurrir que el deudor efectuase un cumplimiento más allá de lo pactado, es decir, un cumplimiento excesivo de la prestación, lo que equivale a decir que ha hecho más de aquello que se comprometió a hacer. Este supuesto no está previsto por el Código Civil.

Resulta claro que el cumplimiento parcial de una prestación podría originar daños y perjuicios al acreedor, y que dichos daños y perjuicios deberían ser resarcidos por el deudor que se encuentra en situación de incumplimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero lo que nunca se ha cuestionado es que un cumplimiento excesivo de la prestación también podría originar daños y perjuicios al acreedor (aunque cabe reconocer que en la mayoría de los casos no los ocasionaría).

Por ejemplo, tenemos como deudor a un cantante que se hubiese obligado a dar un concierto entre las ocho y las diez de la noche en un coliseo. Supongamos, además, que el acreedor procede a arrendar dicho coliseo por un lapso de tres horas (de siete a diez). Si el deudor ofreciese el concierto, comenzando puntual, pero no lo concluyera a las diez de la noche, sino a las doce y treinta de la noche, indudablemente habrá ejecutado la integridad de la prestación debida, pero habría ido más allá por su ejecución excesiva o prolongada. Sin lugar a dudas, el propietario del coliseo podría exigir al arrendador (acreedor de la obligación) un pago adicional por el uso excesivo del local. Ese gasto adicional, a nuestro entender, constituiría un perjuicio para el acreedor de la obligación, quien tendría derecho a demandar su resarcimiento por parte del deudor.

Sin embargo, como se ha expresado, la ley no contempla esta posibilidad. Empero, la solución resulta simple en virtud de lo establecido por las normas sobre inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

2.1.2. Respecto del momento en el que se debe ejecutar la obligación, ésta será de cumplimiento oportuno en la medida en que tal ejecución se efectúe estrictamente a partir del plazo establecido

Por ejemplo, si el cantante de nuestro ejemplo anterior se hubiese obligado a actuar a partir de las ocho de la noche y realmente empezase a partir de esa hora, el cumplimiento de su obligación sería oportuno.

Resulta obvio que un cumplimiento tardío podría ocasionar daños y perjuicios al acreedor.

Pero también podríamos encontrarnos ante la posibilidad de que el cumplimiento de la prestación no sea tardío, sino anticipado, vale decir, que se comience a efectuar antes del plazo señalado para su ejecución, y ello podría originar daños y perjuicios al acreedor de la prestación; como si el cantante aludido empezase a actuar a las seis de la tarde, cuando no está presente en el coliseo sino una concurrencia insignificante de personas.

2.1.3. Respecto a la forma en que se ejecuta la prestación objeto de la obligación, ella debe ser la adecuada, es decir, realizarse de la manera pactada y con las características convenidas (o establecidas legalmente)

Si se produjese una ejecución que no llegara a reunir todas las condiciones o características establecidas para su cumplimiento adecuado, dicho cumplimiento podría ser calificado como defectuoso.

En el caso del cantante, el cumplimiento sería, sin lugar a dudas, defectuoso, si no interpretase sus temas con la calidad y empeño habituales, sino que lo hiciese con desgano, por ejemplo. Éste sería un cumplimiento defectuoso, que podría generar daños y perjuicios en favor del acreedor de la prestación.

Pero podría ocurrir todo lo contrario, es decir, que el cumplimiento o ejecución de la prestación se realice con características o condiciones superiores a las pactadas. Para nuestro ejemplo, que dicho cantante no cante como siempre, sino mejor que nunca.

Dicho cumplimiento podría ser calificado como más que adecuado.

Sin lugar a dudas, en el ejemplo señalado no se originarían daños y perjuicios. Pero podríamos encontrar casos en los cuales el cumplimiento, más allá de la idoneidad, sí generase daños y perjuicios para el acreedor.

Si una empresa ensambladora de vehículos encargase a un subcontratista la elaboración de tableros para automóviles con determinadas características, por ejemplo, de cuerina y de color azul, podría ocurrir que dicho subcontratista elaborase los tableros no de cuerina, sino de cuero legítimo (material de evidente mejor calidad). Sin lugar a dudas, se habría producido un cumplimiento superior al de las características pactadas, pero el mismo podría dar lugar a daños y perjuicios, ya que dichos tableros podrían no hacer juego con el resto del tapizado de los vehículos, razón por la cual la empresa ensambladora estaría eventualmente obligada a paralizar su producción durante un tiempo, en espera de la fabricación de nuevos tableros.

Queremos decir que un cumplimiento «más que adecuado» puede ser, en estricto, uno «no adecuado».

Este supuesto tampoco está contemplado por la ley (artículo 1151), pero resulta de fácil solución con base en las normas de inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

Lo expuesto hasta el momento podría resumirse gráficamente en un cuadro. En el mismo se consignan tres rubros por los cuales puede ser calificado el cumplimiento de una obligación. Así, por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, íntegro o excesivo; en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío; en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado (categoría ésta última que, en estricto, representa un cumplimiento no adecuado). Podríamos decir que el primer criterio responde a la pregunta ¿cuánto se ejecuta?; el segundo, a la interrogante ¿cuándo se ejecuta?; en tanto que el tercero, a ¿cómo se ejecuta?

Aquí el cuadro al que hemos hecho mención:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

	Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios	Cumplimiento óptimo de una obligación	Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios
Por su integridad	Parcial	Íntegro	Excesivo
Por su oportunidad	Anticipado	Oportuno	Tardío
Por la forma cómo se ejecuta	Defectuoso	Adecuado	Más que adecuado (por lo tanto, en estricto, no adecuado)

No obstante lo señalado hasta este punto, entendemos que los conceptos de obligación excesiva, anticipada y más que adecuadamente cumplida podrían entenderse comprendidos en la expresión legal de «ejecución defectuosa».

2.2. Alternativas del acreedor ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por culpa del deudor

Para tal efecto, el artículo 1151 del Código Civil peruano contiene cuatro opciones, cualquiera de las cuales puede ser elegida por el acreedor. Se trata de las siguientes:

2.2.1. Ejercitar las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150

Esto implica lo siguiente:

a. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

b. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

Nuestros comentarios sobre estas opciones —ya efectuados oportunamente— nos relevan de formular mayores precisiones al respecto.

2.2.2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él

Podría ocurrir que una ejecución que no revista un cumplimiento perfecto de la prestación en los términos convenidos haga dicho resultado inútil para el acreedor, en cuyo caso éste tendría la opción de considerarla como no ejecutada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sería el caso en el cual se construya una pared con madera, la que estaba destinada a soportar un segundo piso y que debió ser hecha de material noble (ladrillos, cemento y fierro). En este ejemplo, dicha construcción no será de utilidad para el acreedor, de acuerdo con sus necesidades.

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 756-2016-Lima, de fecha 23 de noviembre de 2016, en la cual se determinó que el acreedor puede dejar sin efecto un contrato de fabricación de máquina extrusora de uva si deudores no la entregaron en el plazo acordado para la fiesta de vendimia, «*Octavo.*- Sin embargo, es de notar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1151 del Código Civil, ante el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, el acreedor está facultado a considerar no ejecutada la prestación, si resulta sin utilidad para él. En tal sentido, ante la declaración del acreedor (demandante) antes citada, en el sentido que la prestación del deudor (demandado) ya no le resulta útil, estaríamos ante el presupuesto fáctico establecido en la norma contenida en el artículo 1151, inciso 2 del Código Civil, lo cual a su vez implica que no habiendo sido ejecutada la prestación a cargo del deudor (demandado), estaríamos simple y llanamente ante el incumplimiento de éste, en relación a su prestación, en cuyo caso, el acreedor (demandante) sí podría optar por solicitar que se deje sin efecto la obligación (de conformidad con el artículo 1150, inciso 3 del Código Civil) y, consiguientemente, se le abone una indemnización (artículo 1152 del Código Civil)».[493]

2.2.3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial

Sobre la base del mismo ejemplo citado para ilustrar el caso anterior, el acreedor podría optar por exigir que su deudor destruya la pared que construyó, o, incluso, si éste no quisiese destruirla, hacerla destruir y cobrar al deudor que se encuentra en situación de incumplimiento los gastos que irrogue tal destrucción.

Naturalmente, si se optase por este segundo camino se requeriría de una resolución judicial que facultara el actuar del acreedor; de lo contrario, no podría cobrar al deudor lo gastado y sólo podría accionar por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto es discrecional.

Esta autorización judicial es indispensable porque de no exigirse podría haber connivencia o incluso negligencia del acreedor para contratar al tercero, pagando una suma desmesurada.

Conviene advertir que, para exigir la destrucción de lo ejecutado, la alteración en cuanto al modo debe revestir especial importancia.

493 Loc. cit.

En este punto debemos precisar, tal como lo hace José León Barandiarán[494], que es útil observar que la ley en lo que concierne a la penalidad consagrada en la segunda parte del artículo 625 del Código argentino (1182 del nuestro —León Barandiarán se refiere al Código Civil de 1936—), se coloca en el supuesto de que la alteración en cuanto al modo sea de importancia, desde que si el precepto fuera aplicable literalmente, se llegaría a evidentes anomalías, vale decir a despropósitos; y así, so pretexto de una leve diferencia en la calidad del papel del libro se podría dejar sin efecto toda una edición, por razón de un simple matiz en el color de una pintura habría que volver a pintar todo un edificio, en virtud de una diferencia multimétrica (*sic*) del flete de la cornisa de un mueble de lujo el acreedor podría oponerse a la recepción del mismo, etcétera.

2.2.4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere

En el supuesto de que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones previstas, pero aun así fuese de utilidad para el acreedor, podrá ocurrir que éste prefiera darla por ejecutada, salvando los defectos que se hubieran podido haber cometido en su cumplimiento.

Sería el caso en el cual una persona encargue a otra el pintado de una casa con una pintura de primera calidad y dicho pintor la hubiera pintado con materiales de calidad inferior a la pactada. Aquí el acreedor podría considerar como no ejecutada la prestación o, si le es tolerable el resultado, aceptarlo, exigiendo una reducción de la contraprestación a su cargo, si la hubiere.

El Código Civil no resuelve el supuesto en el cual no se trate de un contrato de prestaciones recíprocas, pero pensamos que, de ser éste el caso, el acreedor mantendrá las mismas opciones planteadas por el artículo 1151, y que, de optar por la hipótesis contemplada en este apartado, simplemente se limitaría a la aceptación de la prestación ejecutada, no pudiendo exigir nada adicional al deudor.

El acreedor no se encuentra obligado a aceptar un cumplimiento defectuoso porque tiene la prerrogativa de negarse a ello. Pero si lo acepta resulta evidente que le es útil y que, por lo tanto, no podría exigir una indemnización como la que sí hubiera podido reclamar en caso de un incumplimiento total.

La línea divisoria en materia de aceptar o no un cumplimiento defectuoso va a estar precisamente demarcada por el acreedor en lo que respecta a la utilidad del cumplimiento de esa prestación para él. Si no le es útil el cumplimiento defectuoso, la dará por incumplida; y si le es útil, a pesar de haberse cumplido defectuosamente, la aceptará en esa condición.

494 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 51 y 52.

La utilidad no se aprecia en función de lo que el acreedor obtenga como ganancia por la ejecución de la prestación; la utilidad se encuentra determinada por los términos pactados.

Con respecto al tema de la utilidad, cabe advertir que ello no deja de lado al principio de identidad. Este principio, recordemos, cumple un rol fundamental en todas las obligaciones, no siendo, por lo tanto, privativo de las obligaciones de dar.

Por lo demás, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que quiera realizar el deudor, si éste consiste en una prestación distinta a la pactada, no importando que ella le resulte más útil o tenga valor mayor.

Para concluir, consideramos pertinente señalar que la Casación n.° 2210-2006-Piura, de fecha 13 de marzo de 2007, ha precisado que se debe acreditar fehacientemente que la obligación de hacer haya sido cumplida en forma parcial, tardía o defectuosa: «*Sexto*. El artículo 1151, inciso 2, del Código Civil prescribe que "El incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas: 2) Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él". En tal virtud, para la aplicación de la norma invocada se debe examinar si en el caso de autos se ha acreditado fehacientemente que la obligación de hacer haya sido cumplida en forma parcial, tardía o defectuosa por culpa del deudor. *Octavo*. En tal sentido, examinado el proceso, se constata que la entidad recurrente alega que la demandante cumplió con su prestación en forma tardía y defectuosa; sin embargo, conforme se desprende de las pruebas aportadas por esta parte, no se verifica tal supuesto, toda vez que no se puede concluir que existe relación de causalidad entre las fotografías y las inspecciones judiciales que determinan que existe maduración de las frutas con la prestación efectuada por la accionante; además, que con relación a los *e-mails*, según los cuales la demandada habría puesto de conocimiento la prestación incumplida tampoco causa convicción pues se trata de un medio de comunicación que no goza de certeza alguna».[495]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

495 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 882.

Derecho del acreedor a ser indemnizado

Artículo 1152.- En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

1. Fuentes nacionales del artículo 1152

Este precepto no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. En cambio, sí registra antecedentes en casi todos los demás códigos y proyectos nacionales.

Así, en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 encontramos los artículos 738: «De toda obligación de hacer resultan daños e intereses en caso de faltar el obligado»; y 739: «El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacer autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar».

El Código Civil de 1852 no regulaba el tema.

Sí lo hacia el Proyecto de Código Civil de 1890, a través de su artículo 1502: «Cuando el hecho, a que se refiere una obligación de hacer, resulta imposible sin culpa del deudor, queda extinguida la obligación para el deudor y acreedor, y aquél debe devolver a éste lo que por razón de la obligación ha recibido; pero, si la imposibilidad proviene de culpa del deudor, queda obligado a satisfacer al acreedor daños y perjuicios».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba sobre el particular en sus artículos 140: «Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 141: «Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en sus artículos 131: «Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 132: «Si el hecho pudiere ser ejecutado por

LEDGARD MANCO CASTILLO REYES

el acreedor, podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, lo hacía en sus artículos 1176: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 1177: «Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios».

El Código Civil de 1936 regulaba este tema en sus artículos 1186: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 1187: «Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, regía el punto en sus artículos 23: «Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios»; y 24: «Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor y, en su defecto, solicitar los daños y perjuicios».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo trató en el artículo 26: «En los casos previstos por los artículos 24 y 25, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en precepto similar (el artículo 1168), prescribía que: «En los casos previstos por los artículos 1165 y 1167, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1120, establecía que: «En los casos previstos por los artículos 1118 y 1119, el acreedor también tendrá derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda».

2. Análisis

Como hemos expresado al referirnos a los artículos 1150 y 1151 del Código Civil peruano, al acreedor que se viese perjudicado por el incumplimiento total de la prestación o por un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, le asiste el derecho al reembolso de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado. Así lo prevé el artículo 1152 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Junto a Pothier, podríamos decir que es evidente la razón que sustenta el principio recogido por el artículo 1152 del Código Civil peruano, ya que siendo la obligación un lazo de derecho no puede haber obligación cuando aquel que ha prometido hacer o no hacer una cosa, puede dejar impunemente de hacerla. Agrega que, obviamente, puede dejar impunemente de ejecutarla, cuando ya no se tenga interés alguno justipreciable (*sic*) de que haga o no lo que se ha prometido, pues que de ello no puede resultar para con él indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de su promesa, ya que la indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación[496].

Debe tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor no es una facultad del deudor, quien —y siguiendo la línea de Boffi Boggero[497]— no puede liberarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo el pago de un resarcimiento; lo que equivale a decir, en palabras del citado autor, que no puede ofrecer la sanción para cometer el ilícito[498].

La jurisprudencia nacional[499], refiriéndose al contenido del artículo bajo estudio, ha señalado con acierto que: «Procede la indemnización por daños y perjuicios aun cuando la compañía de teléfonos ya cumplió con instalar el servicio telefónico, pues la obligación de hacer se ha efectuado extemporáneamente ya que se ha hecho en cumplimiento de la orden emanada de la sentencia».

Asimismo, en otra resolución emitida por el órgano jurisdiccional, se ha sostenido —haciendo referencia a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1151 del Código Civil— que: «Acreditado que el pago se produjo por error de derecho sobre una prestación cuyo valor monetario es manifiestamente inferior, el acreedor puede optar por aceptar la prestación ejecutada y exigir la reducción de la contraprestación pecuniaria, solicitando su devolución por el pago en exceso; además a tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios»[500].

En el mismo sentido, observamos el pronunciamiento de nuestros jueces en la Casación n.° 3711-2008-Lima, de fecha 18 de noviembre de 2008, que señala,

496 Pothier describe, con relación a las obligaciones de hacer, la posibilidad de que tras su incumplimiento se derive la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, con un ejemplo propio de la época. (Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 137-140.)

497 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 429.

498 Contrariamente a lo que desde hace algunos años se conoce como la teoría del incumplimiento eficiente, y que fuera una postura desarrollada por la corriente del *Law and Economics*. Para mayor abundamiento, se puede consultar las obras de Robert Cooter y Thomas Ulen (Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and economics*. Harper Collins Publishers, 1988, pp. 280 y ss.) y Alfredo Bullard (Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2.ª edición. Lima: Palestra, 2006, pp. 315 y ss.).

499 Expediente n.° 846-90-La Libertad. En *Jurisprudencia civil*. Director Luis Santa María Calderón. Trujillo: Editora Normas Legales, 1993, p. 28.

500 Expediente n.° 3858-98-Lima. En Gaceta Jurídica. *El Código Civil en su jurisprudencia. Op. cit.*, p. 404.

«*Octavo.*- En el caso de autos, ha quedado evidenciado que los demandados se obligaron frente a la demandante a la realización del contrato de obra de fojas nueve, el mismo que, según los informes técnicos de fojas veintiséis a treinta y cuatro, ha sido cumplido en forma defectuosa y parcial, motivando que la actora celebre un nuevo contrato con otra empresa, tal como aparece a fojas cuarenta y seis. Es más, la accionante mediante las comunicaciones cursadas a fojas treinta y cinco a cuarenta y cinco ha puesto de manifiesto que comunicó a los demandados la ejecución defectuosa y parcial de la prestación a su cargo; razón por la cual, nada obsta para que solicite el pago de una indemnización en los términos planteados en la demanda subordinada».[501]

Ahora bien, debemos precisar que los artículos 1150 y 1151 están referidos a supuestos de incumplimiento debido a culpa (leve o inexcusable) o dolo del deudor.

Finalmente, cabe señalar que la imposibilidad de ejecución podría haberse originado, por ejemplo, por una disposición de la autoridad, como la prohibición de construir un edificio, caso en el cual no sería ni ejecutable, ni habría culpa del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

501 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 361. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3711-2008-Lima-LPDerecho.pdf

Cumplimiento deficiente sin culpa del deudor

Artículo 1153.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 ó 4.

1. Fuentes nacionales del artículo 1153

No regularon el tema el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; ni el Código Civil de 1936.

En el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, tampoco previó la materia.

Por primera vez se contempló esta norma en el artículo 27 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, que prescribía lo siguiente: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 25».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, reguló el tema en su artículo 1169: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 1167»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el artículo 1121: «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1119, incisos 2, 3 ó 4».

2. Análisis

El tema del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso en el que no medie culpa del deudor ni del acreedor se encuentra regulado por el artículo 1153 del Código Civil peruano.

De presentarse tal supuesto, el acreedor tendrá la posibilidad de optar entre cualquiera de las tres opciones que se mencionan a continuación:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

b. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

c. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Nos abstenemos de comentar estas tres opciones, dado que ya lo hemos hecho al referirnos al artículo 1151 del Código Civil.

Sin embargo, queremos precisar que para el caso del artículo 1153, el acreedor no podrá exigir de su deudor indemnización alguna, debido a que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso no se debe a culpa de dicho deudor, sino a acontecimientos ajenos a su voluntad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor

Artículo 1154.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1154

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: «*Otrossi decimos, que si el que ouiesse fecho pleyto (pacto, convenio) de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que aunía prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Juzgador del lugar. E deue pecharle el daño, e el menoscabo que le vino por azón que non fizo aquella cosa, assi como prometió*».

El artículo 1154 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en los siguientes códigos y proyectos: Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, Código Civil de 1852 y Proyecto de Código Civil de 1890.

El tema sí fue tratado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 139: «Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará éste obligado a satisfacer al acreedor los daños y perjuicios consiguientes».

Luego fue contemplado por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 130: «Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará éste obligado a satisfacer al acreedor los daños y perjuicios consiguientes»; por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, artículo 1175: «Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios»; y, finalmente, por el Código Civil de 1936, artículo 1185: «Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, trató el tema en su artículo 22: «Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios»; mientras que el Anteproyecto

FERNANDO CASTILLO FREYRE

de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 28: «Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— Las mismas reglas se aplicarán si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, reguló el particular en el artículo 1170: «Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— Las mismas reglas se aplicarán si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el artículo 1122: «Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.— La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor».

2. Análisis

El supuesto en el cual la prestación resultase imposible por culpa del deudor es abordado por el artículo 1154 del Código Civil peruano.

Si dicha prestación resultase imposible, es lógica la consecuencia prevista por la norma, vale decir, que la obligación del deudor quede resuelta.

Si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, el acreedor dejaría de estar obligado al pago de la contraprestación.

Si estamos ante un contrato de prestaciones autónomas o de un contrato unilateral, el acreedor tendrá derecho a exigir al deudor que hizo imposible el cumplimiento de una prestación de hacer la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (naturalmente, si los hubiese sufrido).

El segundo párrafo del artículo 1154 no trata del supuesto en el cual la prestación resulte imposible de ejecución por culpa del deudor después de la constitución en mora de éste, pues si tal fuera el caso, dicho segundo párrafo sería absolutamente reiterativo e innecesario.

Sabemos que las prestaciones de hacer pueden consistir en prestaciones *intuitu personae* (o no fungibles) o en prestaciones que no revistan estas características. Eugenio Gadea Reidner[502] expresa, dentro de esta distinción, que en el caso de las

502 Gadea Reidner, Eugenio. *Op. cit.*, p. 70.

DERECHO MARIO CASTILLO FREYRE

primeras obligaciones (las *intuitu personae*), la imposibilidad de la prestación se podría dar en las siguientes hipótesis: si el deudor muere o deviene física o mentalmente incapaz para aquella prestación; o si por otras causas no dependientes de su voluntad no puede realizar la prestación. En torno a la imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer de naturaleza fungible, Gadea señala que en este caso nunca hay imposibilidad, puesto que, si el deudor no se encuentra en la facultad de cumplir, será factible que un tercero la ejecute por cuenta de él; agrega que aquí también existe la regla general de la ley, consistente en que, si ella prohíbe determinada actividad, será imposible cumplir la obligación concertada sobre dicha prestación.

El segundo párrafo del artículo 1154 del Código peruano se refiere al supuesto en el cual la prestación resulte imposible sin culpa del deudor, situación que en un caso típico no acarrearía sanción alguna. Pero como aquí el deudor ha sido constituido en mora, y como esta situación jurídica exige la culpa o el dolo (artículo 1336), aunque la inejecución no le sea imputable responderá —justamente por su condición de moroso— por los daños y perjuicios.

La consecuencia de esta norma es clara, ya que la constitución en mora hace variar radicalmente el tratamiento del mismo caso en una situación usual. Si el deudor no estuviese en mora, se aplicaría el artículo 1153 del Código y no el segundo párrafo del artículo 1154, esto es, el supuesto de inejecución sin culpa del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor

Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1155

Este artículo no registra antecedentes en los siguientes códigos y proyectos: Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; Código Civil de 1852; Proyecto de Código Civil de 1890; Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; Código Civil de 1936; y Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

Por primera vez fue contemplado el tema en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 29: «Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.— Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.— Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación».

Luego fue adoptado el principio por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1171: «Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.— Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.— Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación».

ESPINOZA MEDIO CASTILLO OTREVARB

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trató sobre el particular en su artículo 1123: «Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.— Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.— Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor».

2. Análisis

Como se puede observar, el primer párrafo del artículo 1155 está referido a un supuesto de imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor. En este caso, ante la imposibilidad de que sea ejecutada se resuelve la obligación. Sin embargo, el deudor conservará el derecho a la contraprestación, si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas.

En materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.º 3858-2017-Cusco, de fecha 2 de agosto de 2018, que señala, «En el presente caso, tras la celebración del contrato de compraventa y el "contradocumento", la demandante (deudora) se encontraba obligada a ejecutar la construcción de una edificación de 04 pisos y adjudicar un cuarto para ejercer su derecho de habitación, a favor del demandado (acreedor); empero, ello no se concretó ya que el demandado no entregó la posesión del inmueble (carga), comportamiento que debió practicarse para la satisfacción de su propio interés —ejecución de las prestaciones a cargo de la demandante—, lo cual ha imposibilitado que la demandante ejecute las prestaciones referidas, por culpa atribuible al demandado. Por lo que, las prestaciones a las que se encontraba obligada la demandante quedan resueltas, en mérito al artículo 1155 del Código Civil».[503]

En cuanto al segundo párrafo, podría ocurrir, por ejemplo, que el cumplimiento de la prestación por el deudor dependa necesariamente del cumplimiento previo de alguna prestación a cargo del acreedor. Así, el pintor al cual el acreedor le ha encomendado un retrato con su imagen no estaría en aptitud de ejecutarlo si el acreedor no cumple con posar durante un determinado lapso. Si en este supuesto el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor a fin de que cumpla con su prestación (que la estaría incumpliendo por dolo o culpa), y más tarde la prestación resultase imposible sin culpa del acreedor (ni tampoco del deudor), las consecuencias de dicha imposibilidad le serían imputables al acreedor, pues si bien la imposibilidad no se produjo por su culpa, el incumplimiento de la prestación previa y necesaria determinó que el deudor no pudiese ejecutar la prestación. Podría

503 Consultado en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

tratarse, por ejemplo, del advenimiento súbito de un defecto físico sobreviniente al deudor sin su culpa que lo imposibilitara para seguir pintando.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1155, vinculado a los dos párrafos que le anteceden, se refiere al supuesto en el cual la prestación resultase imposible por culpa del acreedor o sin culpa de éste, pero habiendo sido previamente constituido en mora por el deudor; si este último obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, tal beneficio reducirá el monto de la contraprestación, si la hubiere, a cargo del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes

Artículo 1156.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

1. Fuentes nacionales del artículo 1156

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la imposibilidad del hecho sin culpa del deudor, tenemos en las *Partidas*, a la Ley 21, Título XI, Partida Quinta.

El artículo 1156 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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.

Su fuente nacional más remota la encontramos en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 138: «Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido». Posteriormente, trató el tema el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 129: «Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, reguló el particular en el artículo 1174: «Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1184: «Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, contempló el tema en el artículo 21: «Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el

LEANDRO CASTILLO FIGUEROA

artículo 30: «Si la prestación resultara imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

Por otra parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, recogió el principio en su artículo 1172: «Si la prestación resultara imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1124: «Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

2. Análisis

El supuesto en el cual la obligación de hacer a cargo del deudor resulta imposible de ejecución sin culpa del deudor ni del acreedor, vale decir, que ambas partes hubieran actuado con la diligencia requerida, se halla regido por el artículo 1156 del Código Civil.

En este caso, al ser imposible la ejecución de la prestación, la obligación queda resuelta.

El precepto establece, además, que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Esta norma, en consecuencia, prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor.

Respecto a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, ellos corresponderían al deudor. Esta regla acoge el mismo principio —de justicia evidente— que el consagrado por el inciso quinto del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y por el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adquisición por el deudor de una indemnización o de derechos como consecuencia de la inejecución de la prestación por culpa suya

Artículo 1157.- Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

1. Fuentes nacionales del artículo 1157

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 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 de Jorge Vega García del año 1973.

Su antecedente nacional más remoto lo encontramos en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 31: «Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos».

Luego, este precepto pasó al Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, como artículo 1173: «Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos»; y al Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, como artículo 1125: «Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle

la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes».

2. Análisis

La presente norma está destinada a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva e idónea, sus derechos.

En tal sentido si, por ejemplo, el cumplimiento de la prestación de hacer hubiese estado asegurado para el caso de ocurrir un siniestro que impidiera ejecutarla por culpa del deudor, el acreedor podría exigirle la entrega de la indemnización que hubiera cobrado a la compañía de seguros o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra tal asegurador, en caso de que éste aún no hubiera desembolsado el monto de la indemnización.

Otro caso sería el de la concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, que impidiera el cumplimiento de la obligación de hacer, hipótesis en la cual el acreedor podría actuar contra el deudor para exigirle el monto de la indemnización pagada por el tercero, si el pago ya se hubiera producido; o accionar directamente contra el tercero corresponsable para exigirle el pago, también directo, de dicha indemnización.

Consideramos que es oportuno efectuar aquí una aclaración de importancia. Si el acreedor, en las hipótesis previstas, actuara contra la compañía de seguros o contra el tercero, obligados al pago de una indemnización al deudor, se produciría, sin duda, una subrogación personal, la que carecería, sin embargo, de una de las características esenciales de la acción subrogatoria u oblicua regulada por el artículo 1219, inciso cuarto, del Código Civil.

En efecto, el precepto comentado tiene por finalidad, en los casos planteados, que la compañía de seguros o el tercero paguen directamente al acreedor el monto de la indemnización a la que están obligados. Por el contrario, la acción subrogatoria u oblicua tiene por objeto que se incorpore la acreencia del deudor contra un tercero al patrimonio del deudor; y, desde esta óptica, el cobro de tal acreencia, en este caso la indemnización, no correspondería necesariamente al acreedor accionante, sino que pasaría por las prelaciones que establece la ley, correspondientes a otros acreedores del deudor. Por eso los franceses, refiriéndose a la acción subrogatoria u oblicua, señalan que con frecuencia ella determina que se «saquen las castañas del fuego con mano ajena». Adicionalmente, la acción subrogatoria u oblicua sólo puede ejercitarse cuando el deudor es insolvente y negligente.

Precisamos, para concluir, que las reglas consignadas por el artículo 1157 del Código Civil, bajo análisis, no son privativas de este precepto, pues ellas también

ASESORIA MARIO CASTILLO TREYRE

se establecen en otras normas del propio Código, singularmente en el parágrafo segundo del inciso primero del artículo 1138 del Código Civil, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y en el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Obligaciones de no hacer
(Artículos 1158 al 1160)

Derechos del acreedor por incumplimiento culposo
1. Fuentes nacionales del artículo 1158
2. Análisis

Indemnización
1. Fuentes nacionales del artículo 1159
2. Análisis

Normas aplicables a obligaciones de no hacer
1. Fuentes nacionales del artículo 1160
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO III
OBLIGACIONES DE NO HACER

Derechos del acreedor por incumplimiento culposo

Artículo 1158.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1.- Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.

3.- Dejar sin efecto la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1158

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, no trató el tema. Sí lo hicieron, en cambio, todos los códigos y proyectos que se elaboraron posteriormente en nuestro país.

Así, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en su artículo 729, señalaba que: «El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacerse autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar»; y el Código Civil de 1852, en el artículo 1276: «Cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falta por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho a pedir que se le autorice para que, a costa de la persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que se hizo contra el pacto».

El Proyecto de Código Civil de 1890 establecía (artículo 1504) que: «En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.— Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.— Cuando no es posible

LEYSER VARGAS CASTILLO FREYRE

destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, establecía (artículo 144) que: «Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, señalaba (artículo 135) que: «Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, reguló el particular en el artículo 1179: «Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1189: «Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor».

Ya en el proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, contemplaba dos normas, los artículos 26: «Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor»; y 28: «Si la obligación consistiere en tolerar actos determinados del acreedor o el uso de cosas del deudor, podrá exigirse la ejecución forzada, aun cuando fuere necesaria la violencia contra la persona obligada.— Se procederá de igual manera cuando la prestación tuviere por objeto no comerciar en cierta zona o durante cierto tiempo en cuanto a determinadas cosas, u otras abstenciones análogas».

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, preveía el tema en el artículo 32: «El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.— 3.- Dejar sin efecto la obligación»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el numeral 1174: «El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.— 3.- Dejar sin efecto la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1126, prescribía que: «El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor

a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.— 2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.— 3.- Dejar sin efecto la obligación».

2. Análisis

2.1. Generalidades

El Código Civil, al igual que cuando trata acerca de las obligaciones de dar y de hacer, no define a la obligación de no hacer. Sin embargo, intentaremos esbozar algunos planteamientos sobre el particular.

Se opina comúnmente que una obligación de no hacer es todo lo contrario a una obligación de hacer. Por nuestra parte, consideramos que una obligación de no hacer es todo lo contrario a las obligaciones de dar y de hacer.

En efecto, en las obligaciones de no hacer una persona se compromete a una abstención, vale decir, a no hacer algo, y ese no hacer algo comprende también el no dar. Tan obligación de no hacer es una de no hacer propiamente dicha —no ir a un determinado lugar en una determinada fecha, por ejemplo—, como el comprometerse a no dar un determinado bien a una determinada persona. No obstante que esta última obligación implica un no dar, consideramos que éste no dar es, al igual que el no hacer, una de las posibilidades que plantean las obligaciones de no hacer.

Según Busso[504], existe una conexión lógica de la obligación de no hacer con la obligación de hacer, ya que si se examina el contenido de la obligación de no hacer, se observará que tiene con la obligación de hacer un elemento objetivo común: el hecho, y que se podría hablar de un hecho o acto negativo, en contraposición con el acto positivo de la obligación de hacer, o también de una determinación de la voluntad enderezada a la inercia.

Por nuestra parte, opinamos que Busso sólo mira el problema de las obligaciones de no hacer desde la perspectiva de que ellas son lo contrario a las de hacer, a pesar de que señala que algunos autores hablan también de obligaciones negativas, cuyo objeto estaría constituido por un no dar. Sin embargo, Busso advierte que, en estos casos, aunque la obligación tomada en su contenido mediato e indirecto consiste en un «no dar», su contenido inmediato debe calificarse como de «no hacer», pues el deudor queda obligado a no realizar con terceros actos de enajenación de la cosa. Creemos, empero, que la visión de Busso, en este aspecto, resulta un tanto limitada, por cuanto la obligación de no hacer, como lo hemos dicho, es

504 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 350.

lo opuesto a las obligaciones de hacer, tanto como a las de dar; es decir, que el «no hacer» puede implicar, a la vez, un no hacer propiamente dicho, o un no dar[505].

Busso[506] distingue, asimismo, la obligación de abstenerse y la obligación de tolerar, indicando que, con referencia a la naturaleza concreta de la omisión, el contenido de la obligación de no hacer puede consistir no sólo en la simple abstención de verificar determinado hecho, sino también en tolerar que el acreedor realice algún acto que no podría hacer de no mediar el vínculo convencional. Busso agrega que, en lo referente a la otra clasificación fundada en el contenido concreto del vínculo, estaremos ante un caso de obligación de simple abstención —en el supuesto de quien se compromete frente a su vecino a no instalar una fábrica en su propia heredad— señalando que, en cambio, estará sujeto a una obligación de tolerancia el arrendador, en cuanto debe tolerar que el arrendatario use de la cosa, y por consiguiente deberá la renta. Busso añade que se hallaría una forma de obligación de tolerancia en el deber de permitir una invasión en el propio derecho, como sería el caso del propietario de una casa-habitación que puede, por ejemplo, obligarse a conceder a otra persona el permiso de penetrar en ella de vez en cuando y en determinadas circunstancias.

Ahora bien, la mayoría de autores coincide en definir a la obligación de no hacer como aquella por la cual el deudor se halla obligado a abstenerse de ejecutar cierto acto que, conforme a las normas jurídicas comunes, habría tenido la facultad de efectuar o no.

Para Raymundo M. Salvat[507], resulta indudable que, en las obligaciones de no hacer, la omisión o abstención prometida por el deudor debe ser mantenida por éste durante todo el tiempo expresa o tácitamente convenido y del modo como fue la intención de las partes que ella se verificara.

En nuestra opinión, las obligaciones de no hacer implican, dentro de los tres rubros de las obligaciones según su objeto, tal vez la categoría menos común. Es obvio que resulta más frecuente obligarnos a dar algo o a hacer algo que a no dar o a no hacer algo.

Sin embargo, la función que cumplen las obligaciones de no hacer reviste la mayor importancia y puede ser de lo más variada.

Para ilustrar lo dicho, vamos a señalar algunos ejemplos de obligaciones de no hacer:

- Una persona (un químico farmacéutico) se obliga frente a un laboratorio a no revelar la fórmula de elaboración de un determinado medicamento.

505 Este tema también es abordado por María José Ferrer de San-Segundo (Ferrer de San-Segundo, María José. *La obligación negativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 57 y ss.).

506 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 350 y 351.

507 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 475 y 476.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Una persona se obliga frente a otra a no prestar su automóvil, por ningún motivo, al hijo de la primera, debido a que es menor de edad.
- Una persona se obliga con otra a no levantar una pared que evite que el predio de la segunda goce de la visibilidad del mar. Ésta, *además de ser una obligación voluntariamente pactada, también*[508] sería una servidumbre de vista.

En fin, las obligaciones de no hacer pueden revestir las más diversas formas, de modo tal que la enumeración de ejemplos resultaría considerable.

Ahora bien, para el tratadista italiano Alberto Trabucchi[509] el contenido de las obligaciones negativas o de no hacer es el de la conservación (no el de la mutación) de las situaciones jurídicas, siendo característica especial de esta clase de obligaciones que la subordinación del deudor únicamente aparece evidente cuando se incumplen, requiriendo para su validez que no restrinjan de un modo excesivo la posible actividad del sujeto.

Para Levenhagen[510], la obligación de no hacer consiste en una omisión a que el deudor se obliga y cuya prestación es justamente la abstención de practicar el acto que él se comprometió a no practicar y que, conforme al ordenamiento jurídico común, tenía la facultad de ejecutar. Por otra parte, y siguiendo a Messineo, la obligación negativa adquiere particular relieve cuando el deudor contravenga a su deber, o sea, cuando haga lo que no debería hacer, o haciendo algo prohibido, o bien oponiéndose, con un comportamiento positivo, a que el acreedor haga; lo que equivale a decir, en otras palabras, que la obligación negativa pone en movimiento la intervención del ordenamiento jurídico solamente en el caso de incumplimiento[511].

Es de interés comparar las obligaciones de no hacer con las servidumbres. En tal sentido, Alterini, Ameal y López Cabana[512] señalan que la servidumbre es un derecho real que impide al propietario ejercer algunos de los derechos atinentes a su dominio. Así —agregan—, tanto en la servidumbre como en la obligación de no hacer existe un deber jurídico de abstención, pero mientras la primera es un

508 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

509 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 17.

510 Opinan en el mismo sentido que Levenhagen (Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 40), Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 290; Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 526; Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 151.

511 Messineo hace una interesante recopilación de las que para él constituyen las principales obligaciones de no hacer propiamente dichas dentro del Derecho italiano (Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 43); y también enumera algunas obligaciones que constituyen propiamente un no dar.

512 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 152.

derecho real, la segunda es un derecho personal, de lo cual se sigue que la servidumbre resulta anexa a la cosa con los caracteres típicos de un derecho real[513].

Respecto de las diferentes clases de obligaciones de no hacer, Alterini, Ameal y López Cabana[514] consideran que puede haber obligaciones que signifiquen una pura abstención y otras que consistan en tolerar que otro haga algo. Adicionalmente, los referidos autores opinan que existen obligaciones de no hacer instantáneas y permanentes, obligando las instantáneas a abstenerse en un solo acto, mientras que las permanentes muestran cierta perdurabilidad, pudiendo ser continuadas o periódicas.

Por otra parte, estimamos conveniente, y hasta imprescindible, analizar los alcances de una prohibición legal, contemplada en el propio Código Civil, respecto de la celebración de una convención que contenga una obligación de no hacer. En ese sentido, es necesario señalar que existen prohibiciones que disponen abstenerse, las cuales se dan a través de límites legales que «determinan en forma negativa el contenido de los derechos subjetivos»[515], de modo que la persona es privada —objetivamente— de ejercer alguno de ellos. En estos casos, dicha limitación viene a ser estructural y es que se proyecta al núcleo mismo del propio derecho. Empero, cabe hacer aquí la distinción de lo dicho con lo que implica una obligación negativa, ya que por ésta se adquiere el compromiso de no realizar algún acto —en principio— lícito o de no ejercer alguna facultad.

Nos referimos, concretamente, al supuesto del artículo 882 del Código Civil peruano, que dispone que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

En la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora del Código Civil, Lucrecia Maisch von Humboldt[516] expresa, refiriéndose a este artículo, que, de permitirse la prohibición de enajenar, ello significaría una severa limitación del *jus abutendi*, el principal atributo de la propiedad, y conllevaría una desnaturalización de este derecho. La excepción que establece este artículo al disponer «salvo que la ley lo permita» no está referida al pacto de reserva de dominio, sistema en el cual no hay traslación de la propiedad hasta el cumplimiento de la condición, sino a aquellas otras situaciones en que por ley se establezca la imposición de no trasmitir la propiedad; lógicamente que esta prohibición debe tener un plazo

513 Para mayor abundamiento sobre este recurrente tema de investigación, recomendamos al lector la obra de Hernández Gil (Hernández Gil, Francisco. «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones "propter rem"». En *Revista de Derecho Privado*, 1962, tomo 46, pp. 850 y ss.).

514 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 152.

515 Rodríguez Morata, citado por Ferrer de San-Segundo, María José. *Op. cit.*, p. 65.

516 Maisch von Humboldt, Lucrecia. «Exposición de motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil». En Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo V, pp. 151 y 152.

determinado o una condición específica, pues de lo contrario conduciría a desnaturalizar el derecho de propiedad.

A nuestro entender, caben dos posibilidades en el supuesto en el que nos encontremos ante una situación de estas características:

a. Que por ley se establezca la prohibición de enajenar, caso en el cual dicha prohibición no deberá ser de carácter absoluto (perpetua) sino relativo (temporal), ya que —coincidiendo con Maisch— lo contrario equivaldría a desnaturalizar el derecho de propiedad.

b. Que por pacto se establezca la prohibición de enajenar, caso en el cual el principio general previsto por la ley es la nulidad de un pacto de estas características (argumento del artículo 882).

Sin embargo, cabría preguntarse si la prohibición del artículo 882 es absoluta o relativa. Nosotros estamos de acuerdo en que resultaría imposible pactar de manera absoluta o perpetua la obligación de no enajenar un bien a nadie, pero consideramos que tal vez no desnaturalizarían el derecho de propiedad los siguientes supuestos:

a. Establecer una prohibición perpetua, pero referida a una o varias personas determinadas; como, por ejemplo, obligarse a no vender un local comercial a un banco de la competencia del acreedor (vendedor).

b. Establecer una prohibición temporal, pero respecto de todas las personas, caso en el cual, si bien se estaría limitando el atributo de disposición, propio del derecho de propiedad, esta limitación tendría un plazo de carácter resolutorio.

Creemos que en cualquiera de los dos supuestos anteriores podría entenderse como factible el limitar el atributo de disposición del derecho de propiedad.

Ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones de no hacer propiamente dichas, en opinión nuestra, no abrigamos dudas en el sentido de que, en el caso de las obligaciones de esta naturaleza, la simple abstención configura su pago. Dentro de este concepto, las obligaciones de no hacer difieren de las de hacer y las de dar, pues no requieren —necesariamente— que el pago se efectúe mediando un acto volitivo del deudor, ya que podría darse incluso el caso de que el deudor cumpla una obligación de no hacer sin percatarse de ello, si se presentara el supuesto de que la abstención debida no se ejecutara voluntaria sino inconscientemente.

2.2. Alcances del artículo 1158

El artículo 1158 del Código peruano está referido al supuesto de incumplimiento por culpa del deudor de una obligación de no hacer.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de pasar al análisis del contenido del artículo 1158, cabe mencionar, junto a Busso[517], que la abstención de un hecho ilícito configura una obligación con una causal de nulidad, la que en nuestro medio podría encuadrarse dentro de lo previsto como una infracción al inciso tercero del artículo 140 del Código Civil, al ser un acto contrario a Derecho.

Ahora bien, de producirse el supuesto de inejecución por culpa del deudor de la obligación de no hacer, la ley otorga tres alternativas por las que puede transitar el acreedor. Estas son las siguientes:

2.2.1. Exigir la ejecución forzada de la prestación, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor

Raymundo M. Salvat[518] sostiene la posibilidad de que el deudor, violando la obligación contraída, ejecute el hecho cuya abstención prometió, como sería el caso del deudor que, obligado a no clausurar un camino, lo clausura o permite que otros lo hagan, caso en el cual, en principio, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación, es decir, que se destruya lo hecho por el deudor o por su culpa. Agrega Salvat que, por excepción, el acreedor no tendrá derecho a la ejecución forzosa, cuando para llegar a la destrucción de lo hecho fuese necesario el empleo de medios de coerción personal contra el deudor; señala que la medida de ejecución forzada en las obligaciones de no hacer depende de la calidad de la intervención del deudor en el cumplimiento de la abstención, pues si constituye el deudor un elemento esencial del cumplimiento, no podrá llegarse a ejercer violencia contra su persona; pero si, por el contrario, la intervención del deudor no es esencial para el cumplimiento, la violencia está admitida a fin de apartar el obstáculo que impida el cumplimiento. El propio Salvat anota que el acreedor puede imponer al deudor que se abstenga del hecho prometido, a menos que para llegar a este resultado sea necesario ejercer violencia personal contra él, resolviéndose el problema del empleo de la fuerza en el cumplimiento de las obligaciones de no hacer por aplicación de la naturaleza de la participación del deudor en el cumplimiento de la abstención. Así, si la intervención del deudor es esencial para cumplir la abstención, no se puede ejercer violencia sobre su persona, como ocurre en las obligaciones de hacer. De lo contrario, si su oposición a que la abstención se mantenga es sólo un obstáculo, el empleo de la violencia es procedente y la obligación se cumple por la fuerza.

En palabras de Jorge Eugenio Castañeda[519], si el deudor viola la obligación de no hacer, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación, pudiéndose autorizar entonces al acreedor a destruir lo hecho a costa del deudor

517 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 350.
518 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 476.
519 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, 146.

o a exigir que se destruya, a menos que se trate de un caso donde no sea posible la ejecución forzada.

Por nuestra parte, agregamos que es difícil imaginar un supuesto en el cual, si el deudor de una obligación de no hacer desease incumplirla, se pudiese impedir dicho incumplimiento sin la necesidad de recurrir al empleo de violencia física contra su persona; por ejemplo, si la obligación fuese una simple abstención de decir algo, como guardar en secreto la fórmula química de un producto.

Si la obligación consistiese en no construir algo, el acreedor podría plantear judicialmente un interdicto de obra nueva (artículo 921 del Código Civil). Sin embargo, cabe anotar que, con el Código Procesal Civil de 1993, estas acciones son calificadas como «medidas cautelares», y se encuentran reguladas en el Título IV, Proceso Cautelar, Capítulo II, Medidas Cautelares Específicas, Subcapítulo 4, Medida de no Innovar, artículo 687.

Por otra parte, si un cantante, por ejemplo, hubiese asumido la obligación de actuar en un determinado teatro sólo una vez y se programase una segunda presentación, podría lograrse la clausura del teatro para esa segunda presentación.

Debemos señalar que en la gran mayoría de casos la única persona con capacidad para ejecutar una obligación de no hacer será el propio deudor, porque usualmente no resulta posible que su cumplimiento se delegue a una tercera persona. Podríamos llegar a decir que la enorme mayoría de obligaciones de no hacer son *intuitu personae*. Sin embargo, no todas las obligaciones de no hacer son, necesariamente, *intuitu personae*, ya que algunas pueden transmitirse a los herederos del deudor, como sería el caso de aquella por la cual una persona se hubiese obligado frente a otra a no construir una pared en un predio de propiedad del deudor.

Expresa Ángel Gustavo Cornejo[520] que si el deudor, violando la obligación, ejecuta el hecho cuya abstención prometió, vale decir, si obra con culpa, el acreedor tiene derecho a exigir que se destruya lo que se hubiera ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor (artículo 1189 —se refiere al Código Civil de 1936—). Quiere decir, pues, que el acreedor puede exigir la ejecución forzosa de la obligación sin otra limitación que la que rige en las obligaciones de hacer, o sea, hasta donde no hubiera de recurrirse al empleo de la violencia contra el deudor.

Laurent[521] efectúa un interesante razonamiento acerca de la ejecución forzosa de la obligación de no hacer. Así, si bien puede resultar factible la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, la situación mencionada, sin duda alguna, constituye una excepción, pues lo general será la imposibilidad de demandar tal

520 Cornejo, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Lima, 1938, tomo II, volumen 1, p. 134.

521 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, pp. 257 y ss.

ejecución forzosa, ya que, por lo común, para conseguir ese objetivo, se necesitará emplear violencia contra la persona del deudor. Luis de Gásperi[522] reitera la factibilidad de que esta hipótesis se presente. Así, recuerda la evidencia de que las obligaciones de no hacer, como la de no abrir una casa de comercio, o la de un actor de no aparecer en escena en tal teatro, y en tal ocasión, pueden ser objeto, en limitados casos, de un procedimiento de ejecución *manu militari*, pudiendo ser cerrada la casa comercial o retirado el actor de las tablas por la fuerza, si apareciese en ellas.

Por otra parte, Jorge Joaquín Llambías[523], además de la excepción del principio de ejecución forzosa de la obligación de no hacer cuando ello requiere necesariamente ejercer violencia contra la persona del deudor, considera como otra excepción el hecho de que tal excepción implique el sacrificio de un valor muy superior al interés del acreedor en conexión con el cumplimiento de la obligación. Por ejemplo, el vecino que se excede en la elevación de una pared que se ha comprometido a no levantar más allá de cierta altura, caso en el cual el acreedor no puede demandar la demolición de la parte alzada en infracción, si ello implica la destrucción de lo edificado con apoyo en esa parte de la pared. Según el citado autor, éste sería un caso en el que ya no resultaría posible destruir lo que se hubiese hecho, pues jugarían las mismas razones que han tenido los tribunales de ese país para denegar el derecho del acreedor de una obligación de hacer en situaciones semejantes, caso en el cual no quedaría como posible sino la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor.

2.2.2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor

Expresa Huc[524] que el acreedor tiene derecho a demandar que sea desecho lo que se hubiera hecho en contravención al compromiso; y puede pedir que se le autorice para deshacerlo a expensas del deudor, sin obstáculo para el abono de los daños y perjuicios, si ha lugar. Llambías[525] enseña que para ejercer esta facultad se requiere necesariamente contar con autorización judicial; lo mismo porque esta acción implica la incautación y destrucción de bienes del deudor, razón por la cual no podría concebirse la iniciativa privada del acreedor, pues ello importaría la comisión de un delito.

A criterio nuestro, si la obligación de no hacer consistiese en no ejecutar alguna obra, y el deudor hubiese incumplido su compromiso, el acreedor podría plantear una medida cautelar a fin de que se destruya lo ejecutado.

522 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 347 y 348.
523 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 293.
524 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 195.
525 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 292.

De no promover dicho interdicto, podría iniciar un proceso de conocimiento, invocando el derecho establecido en la primera parte del inciso segundo del artículo 1158 del Código Civil peruano.

Ahora bien, si el acreedor desease una destrucción directa de lo ejecutado indebidamente por su deudor, también podría formular una demanda judicial en tal sentido (tendría que ser la mayoría de las veces en proceso de conocimiento). Dicho acreedor tendría que escoger una opción:

a. Destruir personalmente lo ejecutado de manera indebida por el deudor y cobrar a este último los gastos que hubiera efectuado con motivo de tal destrucción (previa autorización judicial).

b. Contratar a un tercero para que destruya lo ejecutado indebidamente por el deudor, pagarle a dicho tercero y cobrar posteriormente dicho monto al deudor incumplido (también con previa autorización judicial).

Ya Pothier[526] señalaba que si lo que él se había obligado a no hacer, y que ha hecho en perjuicio de su obligación, es alguna cosa que pueda destruirse, el acreedor puede también accionar contra su deudor hasta la destrucción; y citaba como ejemplo que si un vecino se ha obligado para con otro a no cerrar una avenida a fin de dejarle libre el paso, y que en perjuicio de esta obligación la ha cerrado por una barrera o foso, puede hacerle ordenar y obligarle a que cierre la barrera o a que llene el foso, y, en caso de no hacerlo dentro de un cierto tiempo, estará autorizado para hacerlo a costa suya.

2.2.3. Dejar sin efecto la obligación

Si el incumplimiento de la obligación fuese irreversible (como, por ejemplo, el revelar un secreto), esto equivale a decir que ya no habría ninguna posibilidad para volver la situación al estado de cosas anterior a la producción del incumplimiento. Si se revela tal secreto, ya no habría remedio alguno.

Por lo tanto, el acreedor perjudicado no podría recurrir ni a la primera ni a la segunda de las opciones planteadas por el artículo 1158. Lo único que le quedaría es dejar sin efecto la obligación (alternativa del inciso tercero).

526 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 133.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indemnización

Artículo 1159.- En los casos previstos por el artículo 1158, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

1. Fuentes nacionales del artículo 1159

Este tema no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836. En cambio, sí fue tratado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, en el artículo 741: «Si la obligación es de no hacer, el que contraviene a ella es responsable a los intereses y daños, por el solo hecho de la contravención». El Código Civil de 1852 no trató el tema. El Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el particular en el artículo 1504: «En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.— Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor.— Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido».

De otro lado, el artículo 145 del Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, prescribía que: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le produjere la ejecución del hecho»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, señalaba en el artículo 136 que: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le produjese la ejecución del hecho».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, establecía en su artículo 1180 que: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado»; mientras que el Código Civil de 1936 disponía en el artículo 1190 lo siguiente: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado».

Por otra parte, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, artículo 27, prescribía que: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese

hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado»; mientras que el artículo 33 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, señalaba lo siguiente: «En los casos previstos por el artículo anterior, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, establecía (artículo 1175) similar principio: «En los casos previstos por el artículo anterior, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios»; al igual que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1127: «En los casos previstos por el artículo 1126, el acreedor también tendrá derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

2. Análisis

Al igual que para los supuestos de inejecución de obligaciones planteados para las obligaciones de dar y de hacer, el artículo 1159 del Código Civil peruano prevé que para las obligaciones de no hacer que se incumplan por culpa del deudor, también corresponderá al acreedor el derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En tal sentido, decía Pothier[527] que cuando alguien se ha obligado a no hacer una cosa, el derecho que da esta obligación al acreedor es el de perseguir en justicia al deudor, en caso de contravenir su obligación, para hacerle condenar al pago de los daños y perjuicios que resulten de dicha contravención. En palabras de Laurent[528], la obligación de no hacer requiere la intervención personal del deudor, y como en principio nadie puede ser forzado a no hacer lo que quiere, la libertad humana no puede ser compelida; y como sólo el deudor es quien puede realizar el hecho, si en este caso el deudor niega su participación al cumplimiento directo, y el forzoso se vuelve imposible, al acreedor sólo le queda el derecho a la compensación por daños y perjuicios.

Esta norma no hace sino recoger el principio general de la responsabilidad civil. Si el acreedor sufrió daños como consecuencia del incumplimiento, tiene su derecho expedito para reclamar la indemnización correspondiente, siguiendo para ello las normas de inejecución de obligaciones que analizaremos más adelante.

527 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 133.
528 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvi, p. 265.

EDUARDO CASTILLO FERRER

Normas aplicables a obligaciones de no hacer

Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.

1. Fuentes nacionales del artículo 1160

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 tema es tratado por primera vez en el Perú por el Proyecto de Código Civil de 1890 (artículo 1504): «En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.— Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.— Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, tenía el artículo 143: «Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida»; mientras que en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, el artículo 134 disponía que: «Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, regulaba el tema en el artículo 1178: «Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1188: «Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, trató el tema en sus artículos 26: «Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor»; 27: «Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA ECHEVARRÍA

de lo practicado»; y 25: «Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trató sobre el particular en tres normas, los artículos 37: «Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla, en estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos»; 35: «Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.— Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.— Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación»; y 36: «Si la prestación resultare imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, acogió estos principios en sus artículos 1179: «Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla, en estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos»; 1177: «Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.— Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.— Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación»; y 1178: «Si la prestación resultase imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, prescribía en su artículo 1128 lo siguiente: «Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1122, primer párrafo, 1123, 1124 y 1125».

2. Análisis

El tratamiento que otorga el Código Civil a las obligaciones de no hacer concluye con una norma de remisión: el artículo 1160, que hace de aplicación a las obligaciones de no hacer los supuestos planteados en los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.

ESTUDIO WALDO CASTILLO TRIVEÑO

El artículo 1154 está referido al supuesto en el cual la prestación resulte imposible por culpa del deudor; el artículo 1155 regula el caso de la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor; mientras que el artículo 1156 trata sobre la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes. Por último, el artículo 1157 rige el supuesto en el cual, como consecuencia de la inejecución de la obligación por culpa del deudor, éste obtenga una indemnización o adquiera un derecho contra tercera persona.

Nos remitimos, finalizando el análisis de las obligaciones de no hacer, a lo expresado respecto a dichos preceptos al estudiar las obligaciones de hacer.

Para concluir nuestros comentarios sobre las obligaciones de no hacer, resulta importante recordar lo señalado por Gallego Sánchez[529], cuando sostiene que «La institución de las obligaciones de no hacer se va enriqueciendo progresivamente a consecuencia de la transformación de la vida económica y el devenir del proceso de especialización».

En ese sentido, Gutiérrez Camacho propone un ejemplo, a nuestro parecer, ilustrativo sobre este fenómeno.

Sostiene Gutiérrez[530] que

> Se tiene el caso de los contratos de franquicia, que es un convenio entre un franquiciador y franquiciado, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios, así como autoriza el uso de un complejo conjunto de bienes de propiedad industrial —licencia de patentes, marcas, *know how*, y demás derechos industriales—, asegurando la asistencia y prestación de servicios necesarios para llevar a cabo la prestación de su empresa. Como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que destaca el pago a aquél de una suma fija de entrada, entre otras. Así, pues, en el contrato de franquicia se pueden observar importantes cláusulas de prestaciones de no hacer que son connaturales a este contrato, dos de ellas son: (i) las cláusulas de exclusiva, que exigen al franquiciador a no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta al franquiciado, o la de éste, de no concluirlos con una persona que no sea aquél; y, (ii) los pactos de no competencia, que exigen no realizar actividad comercial idéntica a la contemplada en el contrato de franquicia.

Con todo, es necesario señalar que, así como ocurre con el contrato de franquicia, existen otras figuras jurídicas que, gracias a la dinámica comercial, prevén supuestos de conductas omisivas que van enriqueciendo la lista de casos en los que procede aplicar los instrumentos de defensa del acreedor que contempla nuestro Código Civil, los cuales —como se sabe— son de aplicación supletoria a las demás áreas del Derecho.

529 Gallego Sánchez, Esperanza. *La franquicia*. Madrid: Trivium, 1991, p. 24.

530 Gutiérrez Camacho, Walter. «Normas aplicables a las obligaciones de no hacer». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 155.

Título IV
Obligaciones alternativas y facultativas
(Artículos 1161 al 1171)

Obligaciones conjuntivas

Obligaciones alternativas
1. Fuentes nacionales del artículo 1161
2. Análisis

Elección de la prestación ¿A quién le corresponde?
1. Fuentes nacionales del artículo 1162
2. Análisis

Formas de realizar la elección
1. Fuentes nacionales del artículo 1163
2. Análisis

Elección en obligación de prestaciones periódicas
1. Fuentes nacionales del artículo 1164
2. Análisis

Reglas relativas a la imposibilidad de ejecución de las prestaciones cuando la elección corresponde al deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1165

Reglas relativas a la imposibilidad de ejecución de las prestaciones, cuando la elección corresponda al acreedor, a un tercero o al juez
1. Fuentes nacionales del artículo 1166
2. Análisis de los artículos 1165 y 1166

Supuesto en el cual la obligación alternativa se convierte en una de objeto simple
1. Fuentes nacionales del artículo 1167
2. Análisis

Obligaciones facultativas
1. Fuentes nacionales del artículo 1168
2. Análisis

ESTEBAN MARO CASTILLO FREYRE

Extinción de la obligación facultativa

1. Fuentes nacionales del artículo 1169
2. Análisis

Conversión de obligación facultativa en simple

1. Fuentes nacionales del artículo 1170
2. Análisis

Presunción de obligación facultativa

1. Fuentes nacionales del artículo 1171
2. Análisis

Obligaciones con pluralidad de sujetos

Consideraciones generales

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

Obligaciones conjuntivas

Tal como señala Roppo[531]

> El esquema más simple de obligación contempla que un solo deudor esté obligado a una sola prestación frente a un solo acreedor; sin embargo, este esquema puede padecer complicaciones. Pueden existir obligaciones «subjetivamente complejas», y la complejidad puede referirse a la parte pasiva de la relación obligatoria, cuando en lugar de un solo deudor hay una pluralidad de deudores, o bien a la parte activa, cuando no existe un solo acreedor, sino más de uno. En cambio, en las obligaciones «objetivamente complejas», la complejidad se refiere a la prestación: en lugar de una sola prestación se prevén varias prestaciones distintas.

En ese sentido, las obligaciones con pluralidad de prestaciones se clasifican en:

a. Obligaciones conjuntivas.
b. Obligaciones alternativas.
c. Obligaciones facultativas.

En estas obligaciones cada una tiene más de una prestación, pero las tres categorías se distinguen entre sí debido a las diferentes consecuencias jurídicas que de ellas emanan.

Nuestro Código Civil trata solamente acerca de las dos últimas, dejando sin regular a las conjuntivas. Sin embargo, a continuación, nos ocuparemos de ellas.

En primer término, debemos señalar que no todos los autores creen en la existencia de este tipo de obligaciones, a pesar de que resulta inmensamente mayoritario el grupo de quienes las adoptan. Para ilustrar la posición que niega

531 Roppo, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 262.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

la existencia de las obligaciones conjuntivas, vamos a citar la opinión del profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[532]:

> Algunos piensan que siempre que en un mismo contrato se pacten varias prestaciones, en forma tal que el deudor no se libere sino cumpliéndolas todas, existe una obligación única con pluralidad de objetos, denominada por aquéllos obligación conjuntiva. Nosotros no aceptamos la existencia de esta especie de obligaciones con objeto plural, porque consideramos que en la referida hipótesis hay varias obligaciones distintas, aunque provenientes de una misma fuente: el contrato. Verdad es que, entonces, el deudor no se libera mientras no haya cumplido todas las prestaciones prometidas, pero esto se explica suficientemente por la unidad de la fuente, sin que sea necesario buscar una pretendida unidad de obligación; basta decir que el deudor no cumple el contrato mientras no pague todas sus obligaciones. La pluralidad de vínculos obligatorios en la hipótesis contemplada se pone de manifiesto cuando hay pluralidad de acreedores o de deudores, y los objetos de las obligaciones son unos divisibles y otros indivisibles. Por ejemplo, A y B se obligan en un contrato a dar mil pesos a C y a entregarle un caballo en arrendamiento. La obligación en dinero se gobierna por las reglas de las obligaciones divisibles: C sólo puede exigir quinientos pesos a A y quinientos a B; por el contrario, la obligación de entregar el caballo se rige por las normas propias de las obligaciones indivisibles: C puede exigirle la entrega del caballo a A o a B. Esta diferencia de régimen está demostrando que se trata de obligaciones distintas, aunque estas provengan de un solo contrato.
>
> Tampoco es obligación de objeto plural la que tiene por finalidad varias cosas que, estando separadas entre sí, formen un conjunto destinado a un mismo fin, v. gr. un hato, una biblioteca, un rebaño, una colección de arte, etc. Estos conjuntos de cosas denominados universalidades de hecho (*universitates rerum distantium*), jurídicamente se miran como un objeto único para ciertos efectos, como para el cumplimiento de una obligación de dar o de entregar, y por consiguiente, dicha obligación es de objeto simple y no de objeto plural.

Ahora bien, en adelante haremos un breve recuento de opiniones de diversos autores que creen en la existencia y autonomía conceptual de las obligaciones conjuntivas.

A entender de François Laurent[533] la obligación es conjuntiva cuando tiene por objeto varias cosas, de tal modo que el deudor debe todas las cosas en virtud de un único título. Así —continúa diciendo el famoso tratadista belga—, si le vendo la casa «A» y la casa «B» por cincuenta mil francos, soy deudor de dos

532 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 286 y 287.

533 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvii, p. 224.

casas. En tal sentido —agrega—, para cumplir con esta obligación debo entregar las dos casas, sin poder entregar la casa A y pedir su precio, pues no la he vendido por separado, ya que el contrato comprende dos casas colectivamente consideradas. A decir de Laurent, ocurrirá de otro modo si por un mismo acto vendo la casa A en veinte mil francos y la casa B en ochenta mil francos, ya que en este caso habría dos ventas simples que comprenderían, cada una, un solo objeto. De este modo —añade—, poco importa que se compruebe que las dos ventas han sido efectuadas por un mismo documento, ya que en un mismo documento se pueden redactar convenios diferentes. Así, continúa diciendo Laurent, en este caso habrá tantos títulos diferentes como convenios existan, mientras que la obligación conjuntiva implica un único título, un único acto jurídico.

Para Raymundo M. Salvat[534], las obligaciones conjuntivas son aquellas que tienen por objeto varias prestaciones, todas las cuales deben ser cumplidas por el deudor. Las diversas prestaciones debidas pueden ser de la misma naturaleza o de naturaleza distinta; por ejemplo, la obligación de entregar el automóvil número uno y pagar quinientos pesos. Las obligaciones meramente conjuntivas no presentan particularidad alguna: el deudor debe pagar todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y separadas (*plures res sunt in obligatione et plures in solutione*).

A criterio de Jorge Eugenio Castañeda[535], en esta clase de obligaciones todas las prestaciones tienen un solo nexo, por lo que la obligación se entenderá cumplida cuando se hubieren realizado todas ellas.

Por nuestra parte, diremos que nos encontramos dentro del sector de opinión que cree en la existencia de las obligaciones conjuntivas, al considerar que una obligación de este tipo es aquella con pluralidad de prestaciones, de las cuales deben ser ejecutadas todas ellas. El codificador nacional, al igual que los de la mayoría de países de nuestra tradición jurídica, ha creído innecesario regular este tema por considerar que, dada su naturaleza, es de fácil solución con las normas de las obligaciones según su objeto.

Así, en opinión de Héctor Lafaille[536], cuando son varios los hechos u omisiones a realizar, unidos en la ley o en el acto constitutivo por la partícula «y», no alcanza a plantearse ningún problema relacionado con el cumplimiento de las obligaciones, pues el deudor habrá que ejecutarlos todos para quedar liberado.

A criterio de Arturo Valencia Zea[537], las prestaciones son conjuntas, aunque no se deban simultáneamente. Así, un deudor puede estar obligado a pagar a una misma persona dos deudas diferentes: una a los tres meses y la otra a los seis

534 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 480 y 481.
535 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, p. 155.
536 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 101.
537 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1988, tomo iii, p. 14.

meses. Agrega Valencia Zea que para poder afirmar que un deudor está obligado a cumplir conjuntamente varias prestaciones se requiere que éstas no constituyan una unidad económica, según los usos sociales. De este modo, señala, la prestación consistente en entregar sesenta cabezas de ganado es obligación conjunta, pues recae sobre sesenta individuos; pero la de entregar un mobiliario no constituye un conjunto de prestaciones sino una sola: la entrega de una cosa universal.

Debemos precisar, además, que la pluralidad de prestaciones que presenten este tipo de obligaciones no tendrá, necesariamente que ser de la misma naturaleza; ellas pueden ser, indistintamente, de dar, de hacer y/o de no hacer[538].

Las obligaciones conjuntivas —como hemos señalado— usualmente no son reguladas por los códigos civiles, ya que ellas se rigen por las reglas del Derecho común.

Uno de los autores de estas páginas, al elaborar el Anteproyecto del Libro de Derecho de Obligaciones para el que más tarde sería el Código Civil de 1984, intentó consignar algunas normas sobre las obligaciones conjuntivas; pero existían tantos supuestos de hecho —a todos los que encontraba solución a través de diversas normas propias del Derecho de Obligaciones—, que optó por no incorporarlas en el referido Anteproyecto. Por lo demás, ni en el seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, ni luego, en el de la Comisión Revisora, hubo planteamiento alguno en el sentido de regular este tipo de obligaciones.

Sobre el tema, el Código Civil peruano coincide con la posición de los más renombrados tratadistas. Así, Raymundo M. Salvat[539], refiriéndose al hecho de que el Código Civil argentino tampoco rige esta clase de obligaciones, manifiesta que no era necesario hacerlo porque se encuentran normadas por los principios del Derecho común. A decir de Jorge Eugenio Castañeda[540], tal situación obedece a que las obligaciones conjuntivas son obligaciones simples, que se caracterizan por la pluralidad de las prestaciones.

Así también, Jorge Joaquín Llambías[541], al señalar que estas obligaciones carecen de un régimen propio y que se gobiernan por los principios comunes a toda obligación, sostiene que el Código ha omitido, con razón, la mención de esta clase de obligaciones, pues no hay entre varias obligaciones simples una diferencia específica, ya que la diversidad es cuantitativa y no cualitativa. Ello explica, a su criterio, la ausencia de disposiciones especiales al respecto.

538 Concuerda con esta opinión el profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro (Becerra Toro, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 257).

539 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 481.

540 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, p. 156.

541 llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 297.

En nuestro medio, Max Arias-Schreiber Pezet[542] se ha manifestado a favor de la regulación de esta clase de obligaciones en el Código Civil.

Sin embargo, creemos conveniente, en este punto de nuestro trabajo, formular ciertas consideraciones sobre las obligaciones conjuntivas que resulten ilustrativas sobre la aplicación concreta de los principios de Derecho común a los que nos hemos referido.

Debemos, no obstante, prevenir al lector, en el sentido de que los análisis que siguen a estas líneas constituyen una elaboración lógica acerca de cuál es el tratamiento que consideramos —conceptualmente— deben tener las obligaciones conjuntivas, que se deduce de los principios que antes mencionamos.

Así, está claro que el obligado conjuntivamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo todas ellas.

Esto es lo que se conoce en doctrina como el principio de indivisibilidad del pago de las obligaciones conjuntivas, ya que, a decir de Jorge Eugenio Castañeda[543], las prestaciones de la obligación conjuntiva son copulativas, razón por la cual el pago de ésta es indivisible, pues el deudor no puede forzar al acreedor a recibir un pago parcial.

En ese sentido, debemos preguntarnos si, en teoría, las prestaciones deben necesariamente estar o no vinculadas entre sí.

Un ejemplo de obligación conjuntiva con prestaciones vinculadas entre sí sería la que asume ante un turista una agencia de viajes, cuando se compromete a organizarle un viaje a París, obteniendo un nuevo pasaporte, la visa correspondiente, pasajes aéreos, reserva de hotel, etcétera. En este ejemplo, resulta evidente que todas las prestaciones a las que se ha obligado la agencia de viajes tienen relación directa. Aquí, sin lugar a dudas, las prestaciones conjuntivas están íntimamente vinculadas, de tal manera que difícilmente interesará al cliente la ejecución de algunas de ellas y no de las restantes.

Un ejemplo de obligación aparentemente conjuntiva en el cual las diversas prestaciones no tendrían relación entre sí sería aquel en el cual una tienda de antigüedades se obligase, ante su acreedor, a la entrega de un cuadro y de una escultura, elaborados por diferentes artistas. Otro ejemplo de obligación aparentemente conjuntiva en que las prestaciones no están vinculadas entre sí sería aquel

542 Max Arias-Schreiber Pezet manifiesta su parecer en los siguientes términos:
«Aun cuando el ponente Felipe Osterling Parodi ha manifestado que adoptó la misma técnica que la generalidad de codificaciones al no establecer preceptos sobre las obligaciones conjuntivas, habida cuenta de que ellas están regidas por los principios del derecho común, pensamos nosotros que no habría sido ocioso hacerlo, antes de las obligaciones alternativas y facultativas y teniendo como pauta los artículos 54 y 55 del Código Civil libanés». (Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, 1992, tomo II, p. 29).

543 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, p. 156.

del abogado que asume ante su cliente la defensa de dos procesos judiciales, sin relación alguna entre ellos.

Sin embargo, consideramos que sólo las prestaciones vinculadas podrían constituir el objeto de una obligación conjuntiva, en la medida en que, si no tuvieran tal vinculación, no existiría elemento distintivo alguno entre la obligación conjuntiva y diversas obligaciones con una prestación cada una, nacidas de una misma fuente.

Ahora bien, consideramos que para ambos tipos de obligaciones podríamos elaborar reglas similares de solución de problemas específicos. En adelante, esbozamos algunas ideas al respecto.

- **Imposibilidad de ejecución de alguna, algunas o todas las prestaciones de una obligación conjuntiva**

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, el acreedor tendrá la opción de aceptar la ejecución de las restantes, con reducción de la contraprestación, si la hubiere, o de resolver la obligación. En ambos casos el acreedor tendrá derecho a demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, se resuelve la obligación y el acreedor tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, el deudor podrá exigir que se ejecuten las restantes, exigiendo el pago del íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, la obligación queda resuelta y el acreedor deberá pagar el íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, el acreedor tendrá la opción de exigir la ejecución de aquellas subsistentes y pagar una contraprestación reducida proporcionalmente, o resolver la obligación sin pago de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, la obligación quedará resuelta y el deudor perderá el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Debemos señalar que estos principios, que consideramos de aplicación a las obligaciones conjuntivas, los hemos elaborado con arreglo a las normas de las obligaciones de dar, hacer, no hacer, y alternativas y facultativas, en estricta relación con aquéllas que el Código Civil consigna en sus artículos 1165 y 1166 para el caso de las obligaciones alternativas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Supuesto en el cual sólo subsiste una prestación**

La obligación conjuntiva se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

Este principio es concordante con el previsto por el artículo 1167 para las obligaciones alternativas, el cual establece que la obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

Consideramos que cualquier otro razonamiento acerca de las obligaciones conjuntivas resulta innecesario, ya que es evidente que los problemas jurídicos que ellas generen podrán ser solucionados por los principios y reglas que, en general, plantea el Código Civil para el Derecho de Obligaciones y, en especial, con los relativos a las obligaciones de dar, hacer, no hacer, y alternativas y facultativas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligaciones alternativas

Artículo 1161.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas.

1. Fuentes nacionales del artículo 1161

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 24, Título XI, Partida Quinta: «*Si aquel que faze la promission dixesse al otro a quien la faze: Prometo, de vos dar un cauallo, o un mulo. Ca estonce es tenudo de darle uno dellos, qual el quisiere, e non mas. Esso mismo sería en todas las otras promisiones que fuessen fechas en esta manera, de qualquier cosa*».

Dentro del Perú Republicano, el artículo 1161 del Código Civil de 1984 no registró antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, trató el tema en el artículo 783: «El deudor de una obligación alternativa, se libra por la entrega de una de las dos cosas comprendidas en la obligación»; mientras que el Código Civil de 1852 lo hizo en su artículo 1289: «Si el contrato tiene por objeto la entrega de una de varias cosas alternativamente, cumplirá el deudor entregando cualquiera o el valor de una de ellas si todas han perecido. Pero si se reservó la elección el acreedor, podrá pedir la que quiera de las existentes, o el valor de la que elija si hubiere perecido».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legisló la materia en dos normas, los artículos 1505: «Cuando la obligación tiene por objeto una de varias cosas, o de varias prestaciones, independientes y distintas entre sí, se llama alternativa»; y 1507: «El obligado alternativamente a una de diversas prestaciones, cumple, ejecutando cualquiera íntegramente; y no cumple, realizando en parte dos o más de ellas, salvo que en esto consienta expresamente el acreedor».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, consignaba el artículo 146: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, reguló el tema en el artículo 137: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trató la materia en su artículo 1181: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1191: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

Dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, contaba con el artículo 29: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir por completo una de ellas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, con el artículo 38: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo deberá cumplir por completo una de ellas»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, con el artículo 1180: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo deberá cumplir por completo una de ellas»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, con el artículo 1129: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas».

2. Análisis

Ante todo, consideramos pertinente señalar que algunos autores, para diferenciar a las obligaciones conjuntivas de las alternativas y facultativas, denominan a estas dos últimas como obligaciones de objeto disyunto[544].

Hablando de la alternatividad en términos generales, convendría recordar los conceptos de Busso[545], para quien hay alternatividad cuando el contenido de un derecho o de una obligación, el alcance de una facultad jurídica o el ejercicio de una potestad (pretensión de fondo o acción procesal) quedan subordinados a una acción prevista en el título por el cual fueron constituidas esas situaciones jurídicas; agrega que no hay alternativa si la incertidumbre se resuelve por un medio que no constituye una opción.

La doctrina francesa consideraba, en general, que la alternatividad implicaba una forma jurídica instituida en beneficio del acreedor, al cual atribuía mayores garantías para la obtención del pago, y bajo este aspecto se le ha juzgado como un equivalente de la solidaridad pasiva, tesis que ha sido objeto de muchas críticas, pues el hecho de que se indiquen dos prestaciones no implica por sí solo una garantía, ya que una de ellas está llamada a desaparecer, en especial en los casos

544 Es el caso de Llambías, quien hace tal distinción en su *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II -A, p. 298.

545 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 385.

en que la elección pertenece al deudor, que es precisamente quien resulta beneficiado por tener a su disposición dos formas distintas de extinguir la deuda.

En tal orden de ideas, Busso[546] señala que la alternatividad puede servir tanto a los intereses del deudor como a los del acreedor. En este sentido, el mayor beneficio lo obtiene la parte a quien corresponde la elección. Si la elección incumbe al acreedor, la convención se presenta como sumamente ventajosa para él, en tanto que, si la elección pertenece al deudor, tiene éste el beneficio de una mayor libertad, ya que puede pagar con cualquiera de las prestaciones; pero, a decir de Busso, esta ventaja la obtiene a expensas de una mayor responsabilidad, pues en caso de pérdida fortuita de una de las cosas, la obligación se concentra —aun contra su voluntad— en la prestación subsistente.

Se debe tener presente, siguiendo a Perlingieri y Romano[547], que la elección realiza la llamada concentración de la obligación, la cual, desde ese momento, pasa a considerarse simple.

Ahora bien, con relación a las obligaciones alternativas, la doctrina brinda una serie de posiciones.

Ya Pothier[548] señalaba el principio de que las cosas comprendidas en una obligación alternativa son todas debidas, sin que, empero, ninguna de ellas lo sea en particular. Precisaba, además, que para que una obligación sea alternativa es necesario que dos o más cosas hayan sido prometidas con una disyuntiva, ya que éste es precisamente el elemento que diferencia la naturaleza de esta obligación de la conjuntiva.

En opinión de Marcadé[549], aunque la obligación presenta alternativamente varias prestaciones, en definitiva, una sola de ellas es verdaderamente el objeto de la obligación. Así, en las obligaciones alternativas sólo existe un objeto, pero éste sigue siendo incierto, pues puede ser éste u otro hasta la elección, y según la elección que haga la parte a la que le corresponda elegir. Agrega Marcadé que cuando se realice la elección, ésta tendrá un efecto retroactivo al día mismo del convenio, y la obligación descubrirá nunca haber tenido otro objeto más que el que haya sido escogido.

Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con el parecer de Marcadé, ya que la elección no afectará el hecho de que la obligación alternativa deba considerarse como una obligación de objeto plural. La elección no variará la

546 *Idem.*

547 Perlingieri, Pietro y Geremia Romano. «Obbligazioni alternative e facoltative». En Perlingieri, Pietro (director). *Manuale di Diritto Civile*. 3.ª edición. Nápoles: ESI, 2002, p. 288. Citados por León Hilario, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 173-175.

548 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 204 y 205.

549 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 483.

naturaleza de la obligación. Solamente representa parte de la ejecución de ésta. Y tenemos serias dudas, por cierto, respecto al efecto retroactivo al que alude Marcadé (en la misma línea de pensamiento está Héctor Lafaille[550]), debido a que el argumento de la retroactividad es innecesario y peligroso.

Por su parte, el insigne G. Baudry-Lacantinerie[551], expresa que la obligación alternativa es aquella que comprende dos prestaciones bajo una alternativa, de tal modo que el deudor sólo está obligado a efectuar una de ellas; oponiéndose, por ello, a la obligación conjuntiva, en la que diversas prestaciones son debidas en forma acumulada.

Ahora bien, debemos señalar que ha sido materia de discusión doctrinaria si las obligaciones alternativas pueden provenir solamente de los contratos, o si son susceptibles de generarse a través de otras fuentes (como sería el caso de la voluntad unilateral o de la ley). Opinamos con Lafaille[552] que no existe obstáculo alguno para suponer esta limitación. Por lo demás, esta disyuntiva nunca se ha planteado en nuestro Derecho nacional, razón por la cual creemos que resultaría inútil abundar sobre el particular.

El artículo 1161 del Código Civil peruano de 1984 ensaya una definición de las obligaciones alternativas. La obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. En la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran *in obligatione*, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria. Las obligaciones alternativas, tanto como las facultativas, son obligaciones disyuntivas o disjuntas, dado que sólo tiene que ejecutarse una prestación, a diferencia de las obligaciones conjuntivas (o conjuntas), en las que se tienen que cumplir todas las prestaciones convenidas.

En palabras de Alberto Trabucchi[553], la obligación será siempre única tanto si uno es deudor de un caballo como de diez; y agrega que, en las prestaciones complejas, por tener una pluralidad de objetos (en contraposición a las obligaciones simples), se ha establecido que el deudor resulta obligado a la entrega de uno solo de los objetos, es decir, de uno u otro.

Para De la Vega Vélez[554], la obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras, pues para que el deudor quede libre debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba, sin poder obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra.

550 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 118 y 119.
551 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civil Francais*. *Op. cit.*, p. 118.
552 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 102.
553 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 21.
554 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 226.

Ospina Fernández[555] entiende que la característica de la obligación alternativa es tener dos o más objetos debidos, y al extinguirse mediante el pago de uno solo de ellos se encuentran varias prestaciones figurando *in obligatione*, pero entra solamente una *in solutione*. Así, junto a Guillermo A. Borda[556], debemos recordar que el objeto puede ser homogéneo o no y la alternativa se podrá referir al objeto mismo de la obligación o bien al lugar del pago.

Se entiende, de acuerdo al principio establecido por el artículo 1161 del Código Civil peruano, que el deudor solamente deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que cumpla deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra. De lo que acaba de ser mencionado se deduce la naturaleza de la obligación alternativa.

Lo señalado en el párrafo anterior es ratificado por Rosendo Badani Chávez[557], cuando dice que en cuanto a la facultad del deudor de liberarse con el cumplimiento de una sola prestación, este cumplimiento debe ser íntegro de una de ellas, porque tal es la naturaleza de la obligación en la que estas diversas prestaciones alternativamente debidas son independientes y distintas, por lo que no es posible cumplir con parte de una y parte de otra, combinando arbitrariamente dos o más y formando, por decirlo así, una variedad caprichosa de prestaciones no consideradas en la obligación, lo que, además, puede alterar la utilidad que el acreedor debe obtener del cumplimiento íntegro de una de ellas.

En la obligación alternativa, la parte que goce del derecho de elección, ya se trate del deudor o del acreedor, puede hacerlo libremente por cualquiera de las prestaciones objeto de la obligación. Respecto de este punto, quien deba realizar la elección no tiene restricción alguna. La misma regla se aplica cuando la elección corresponde a un tercero o al juez.

En consecuencia, en la obligación alternativa existe pluralidad de prestaciones (varias —dos o más— prestaciones), pero unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas[558].

555 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 51.

556 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 419.

557 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 48.

558 La naturaleza jurídica de la obligación alternativa se ha discutido arduamente. Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 103 y 104) recuerda las posiciones que la doctrina ha elaborado sobre el particular: «La máxima clásica debe ser rectamente interpretada, para no dar margen a la controversia que se ha producido entre los autores. Zachariae la tomaba demasiado a la letra, y por ello concluía que se deben todos los términos contenidos en la obligación, consecuencia inadmisible, dado que nos hallaríamos ante un crédito múltiple y perfectamente definido desde un principio».
Por nuestra parte, debemos agregar que De Gásperi (De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 310) precisa que Zachariae es el único jurisconsulto que enseña que la alternativa comprende «[...] dos o varias obligaciones distintas e independientes las unas de las otras, por su objeto», pero de tal manera que, si el deudor cumple una o la otra de dichas obligaciones, queda la deuda extinguida. Agrega De Gásperi que el error de Zachariae es evidente, puesto que en la alternativa no hay sino

Un ejemplo de obligación de prestaciones alternativas sería el siguiente:

Un deudor se obliga ante su acreedor a entregarle un automóvil Porsche, un automóvil Mercedes Benz o un automóvil BMW determinados. Al momento de ejecución de la obligación, el deudor deberá entregar cualquiera de los tres vehículos. Recordemos que si se tratase de una obligación conjuntiva el deudor debería entregar los tres vehículos.

Se podría decir que en el caso de la obligación conjuntiva todas las prestaciones se encuentran unidas copulativamente por la conjunción «y», mientras que, en la obligación alternativa, todas las prestaciones se encuentran unidas (o, más bien, separadas) disyuntivamente por la letra «o».

Cabe expresar que la elección es irrevocable, lo que implica que una vez efectuada por el deudor, el acreedor o, de ser el caso, por un tercero, ésta no puede volverse a tomar[559].

una sola obligación, por múltiples que sean las prestaciones, y más de dos los sujetos. Así, con todo, Zachariae la incluye entre las obligaciones que él llama compuestas, *stricto sensu*, juzgando, por error, que hay tantas obligaciones como prestaciones distintas e independientes en el título. Y Lafaille continúa diciendo que «Con prescindencia de esta construcción, que descartamos de antemano, se han formulado tres teorías principales para llegar al resultado que conocemos:

a) Pendencia resolutoria.- Si nos ajustamos a este criterio, las distintas prestaciones se encuentran indeterminadamente en el nexo jurídico, sujetas al resultado de la elección, que individualiza la que en definitiva habrá de cumplirse, actuando a manera del acontecimiento futuro consumado, y con el efecto retroactivo del mismo. Es como si se hubiera establecido que cada una de las posibilidades se debe, con tal que la otra u otras no lleguen a ejecutarse. Tal es la solución que prefiere Vélez, según surge del artículo 635 y de su nota al 651;

b) Pendencia suspensiva.- Entienden los jurisconsultos de este parecer, que en el período anterior a la elección permanece incierta la existencia del acto futuro, el cual se presenta como puro y simple cuando el interesado escoge;

c) Negación de toda pendencia.- Este *debite* pone de relieve los defectos de la expresión "*Duae res sunt in obligatione...*". Así, con ello ha querido significarse que todas las posibilidades se adeudan, el resultado es falso; si afirmamos en cambio, que cuadra emplear cualquiera de ellas para extinguir el crédito, decimos la verdad, y tal procuró expresarlo el artículo 635.

También ha sido destacada la incongruencia de sostener que al deberse una prestación o la otra, se está obligado personalmente "a cada una de ambas cosas", cuando en el fondo no se responde más que por cualquiera de ellas, todavía indeterminada. El criterio de la "pendencia resolutoria" no satisface, por cuanto admite que se adeudan al constituirse el nexo varios hechos o cosas, las cuales se desvanecen luego, con excepción de la que en definitiva se elige. Todavía menos, el de la "pendencia suspensiva", en que faltaría todo contenido presente a la obligación hasta el momento de optar.

Debe concluirse, por lo tanto, que si la figura comienza por un crédito de objeto múltiple, aunque disjunto, termina por uno solo, cuya existencia nunca fue incierta, ni menos condicional; y que únicamente era indeterminado para los efectos del pago, dentro de ciertos límites que se definieron y precisaron a raíz de la elección. "Una entre varias prestaciones" dijo acertadamente Savigny. Reducida a tal medida, la denominada "teoría unitaria", sería perfectamente admisible».

559 En relación con la irrevocabilidad de la elección, hacemos de aplicación a este punto, *mutatis mutandis*, los conceptos manifestados por uno de los autores de este trabajo, Mario Castillo Freyre, en la obra *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 222 a 250, de la Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XIV, publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año de 1993.

Precisa agregarse que las diversas prestaciones que constituyan el objeto de una obligación alternativa son independientes entre sí. En el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas no se da el supuesto de que existan prestaciones que estén vinculadas entre sí, propio de las obligaciones conjuntivas, en las que tienen que ejecutarse todas ellas.

Respecto del valor de las prestaciones alternativas es necesario señalar que éstas no deberán tener necesariamente un mismo valor. Podría ocurrir que todas ellas tengan valores diferentes. Sin embargo, lo usual sería que, si se hubiese pactado una contraprestación única, las prestaciones tengan valores semejantes, similares o equivalentes, lo que podría no ocurrir si también existiese alternatividad en la contraprestación. Insistimos, no obstante, que debe quedar claro que los valores no necesariamente tienen que ser iguales ni aproximadamente similares, sino que podrían ser completamente distintos, así como distinta puede ser la naturaleza de todas las prestaciones alternativas.

Sin embargo, debe añadirse, siguiendo la línea de León Barandiarán[560], que la obligación alternativa no tiene por qué consistir en cosas ciertas, es decir, específicamente determinadas. Las obligaciones específicamente determinadas y las genéricas se mueven en un radio de acción diferente al de las obligaciones alternativas. Así, una obligación alternativa puede estar constituida por dos o más prestaciones de cosas ciertas, o por dos o más prestaciones de cosas genéricas. El respectivo régimen de una u otra clase de prestaciones se aplicará con referencia a la obligación constitutiva de la alternativa de que se trate.

Ahora bien, un problema planteado por la doctrina es aquel del momento en el cual se transfiere la propiedad inmueble al comprador —o acreedor de la propiedad, en términos generales— cuando la obligación alternativa tiene por objeto dos o más prestaciones consistentes en la transferencia de propiedad de distintos inmuebles[561].

Señala Demolombe que la disposición del artículo 1138 del Código Civil francés —de similares efectos que el artículo 949 del Código Civil peruano— no admite excepción alguna en lo que respecta a las obligaciones alternativas, razón por la cual, al considerar que no existe un pacto en contrario o que el carácter esencial de la obligación se oponga a ello, concluye que, al ser de aplicación el artículo 1138, se crearía un problema de interpretación.

560 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 71 y 72.

561 Demolombe (Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVI, pp. 16 y 17) confunde el verdadero sentido de las cosas en lo que respecta a la relación existente entre las obligaciones alternativas y la transferencia de propiedad inmueble. Su equivocado razonamiento fue compartido por buena parte de la doctrina francesa de su tiempo.
Laurent (Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 235 a 239) efectúa un análisis muy preciso del tema, combatiendo las posiciones erradas que al respecto se habían esbozado en Francia y Bélgica.

Por nuestra parte, consideramos que en el caso peruano el mencionado artículo 949 del Código Civil admite dos excepciones a la regla de que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar: cuando exista disposición legal diferente o pacto en contrario. Entendemos que, implícitamente, la obligación alternativa constituye un pacto en contrario respecto del artículo 949, ya que resulta imposible su aplicación inmediata con el nacimiento de la obligación alternativa, pues pertenece a la esencia de esta clase de obligaciones el que se deba ejecutar sólo una de las prestaciones que constituyen su objeto. Así, resulta imposible considerar la transferencia de la propiedad desde el momento en que no se sabe cuál de todas las prestaciones alternativas es aquella que se deberá ejecutar. En tal sentido, entendemos que el artículo 949 del Código Civil sólo será susceptible de aplicarse una vez efectuada la elección por parte de quien corresponda. Es a partir de ese momento, una vez individualizada la prestación a ejecutar, que operará automáticamente la transferencia de propiedad en favor del acreedor de la obligación alternativa. Consideramos que éstos son los sanos principios.

Por otro lado, debe diferenciarse a la obligación alternativa de la obligación condicional. Sobre este particular, Giorgi[562] señala que ciertamente se encuentra una falta de certeza en ambas especies de obligaciones, pero en la condicional la incerteza se refiere al vínculo, en tanto que, en la alternativa, solamente al objeto. Agrega Giorgi que el deudor, en la obligación condicional no está seguro de tener que pagar, porque la falta posible del evento puesto como condición puede hacer desaparecer el vínculo obligatorio; pero el deudor sabe lo que, precisamente, deberá pagar si el evento se verifica. Por el contrario, en la obligación alternativa el deudor está seguro de tener que pagar, pero no sabe cuál de las cosas puestas en alternativa servirá para liberarlo, porque aun cuando la elección corresponda al propio deudor, la pérdida fortuita de una de las cosas debidas puede obligarlo a dar, mal a su grado, la cosa que habría preferido conservar.

En opinión de Giorgi, en un solo caso la obligación alternativa toma todos los caracteres de la obligación condicional: cuando la elección de la cosa debida queda encargada al arbitrio de un tercero, extraño al contrato, supuesto en el cual, en efecto, si el tercero no quiere o no puede elegir, el evento de que dependía la ejecución del vínculo contractual llega a faltar y la obligación desaparece.

Ésta, sin embargo, no es la solución del Código Civil peruano, pues si el tercero no efectúa la elección, la hará el juez, conforme al artículo 1162 y a su referido artículo 1144.

También debemos señalar que las obligaciones alternativas a menudo son confundidas con las obligaciones con cláusula penal, pero es evidente que ambas difieren sustancialmente. Cabe aquí aclarar que las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

562 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 461.

- **La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones y el deudor se libera cumpliendo una de ellas, elegida por él, por el acreedor, por un tercero o por el juez (artículos 1161 y siguientes del Código Civil)**

  La obligación con cláusula penal comprende una sola prestación y ésta sólo se debe en caso de incumplimiento. Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, también a diferencia de la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (artículos 1341 y 1342 del Código Civil).

  Nuestro parecer coincide con el del maestro José León Barandiarán[563], cuando expresa que, en la obligación con cláusula penal, como en la facultativa, la obligación no tiene por objeto las dos prestaciones indicadas; una sola es el objeto de la obligación y la otra únicamente es debida en forma subsidiaria. El acreedor de obligación con cláusula penal no puede demandar la pena sino cuando la obligación principal no ha sido ejecutada. En la obligación alternativa, el acreedor puede demandar una u otra de las prestaciones.

- **Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa, se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de éstas (artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil peruano)**

  Si se extingue la prestación principal sin culpa del deudor, también se extingue la obligación con cláusula penal.

Por otro lado, también creemos útil diferenciar a las obligaciones alternativas de otras especies de obligaciones. Respecto de las conjuntivas o conjuntas, se distinguen en que en éstas son debidas todas las prestaciones acumulativamente, como si alguien se obligase a entregar el caballo blanco y el caballo negro que posee; en las alternativas, como si alguien se obliga a entregar el caballo blanco o el caballo negro.

De otra parte, Ángel Gustavo Cornejo[564] señala que las obligaciones alternativas se asemejan en algo a las genéricas o de bienes inciertos al sostener que, en efecto, la obligación genérica puede ser vista como alternativa con facultad de elegir entre todas las cosas comprendidas en la especie. En ambas sólo una cosa es debida; en ambas el deudor puede elegir entre las comprendidas en la obligación. La diferencia está en la manera de hacer la elección, lo que cobra relieve en el caso de pérdida de una de las cosas debidas. Mientras en la obligación alternativa la pérdida fortuita de una de las cosas limita la obligación a la otra, esta pérdida puede considerarse indiferente en la obligación genérica, aunque la cosa

563 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 70 y 71.

564 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 137 y 138.

que perezca sea precisamente la que el deudor hubiera prefijado que iba a dar. La pérdida de las cosas incluidas en la obligación sólo puede concebirse en la alternativa o en la de especie limitada; por lo tanto, el deudor no tiene otra manera de liberarse que haciendo el pago o mediante el ofrecimiento real hecho legalmente.

Así también, se debe mencionar la distinción existente entre la obligación alternativa y la condicional. En ese entender, en ambas existe una cierta falta de certeza; pero en la condicional la incertidumbre se refiere al vínculo; en la alternativa solamente al objeto. El deudor, en la obligación condicional, no está seguro de tener que pagar, porque la falta posible del evento puesto como condición puede hacer desaparecer el vínculo obligatorio, pero sabe precisamente lo que deberá pagar si el evento se verifica. Por el contrario, en la obligación alternativa el deudor está consciente de tener que pagar, pero no sabe cuál de las cosas de la alternativa servirá para librarlo, porque, aunque le correspondiere la elección, la pérdida fortuita de una de las cosas debidas puede obligarlo a dar, mal de su grado, la cosa que habría preferido conservar. En todo caso, la obligación alternativa toma todos los caracteres de la obligación condicional cuando la elección de la cosa debida queda encargada a un tercero extraño al contrato. Si el tercero no quiere o no puede elegir, falta el evento de que depende la ejecución y la obligación desaparece. Piensan algunos que en este caso la elección que no hace el tercero puede ser suplida por el juez[565].

Por otro lado, Cornejo[566] diferencia a la obligación alternativa de la facultativa señalando que la facultativa es una obligación simple en que el deudor goza, por favor excepcional, de la facultad de liberarse pagando una cosa diferente. La cosa debida en estas obligaciones es, pues, una sola: la otra prestación con que el deudor puede liberarse no está más que *in facultate solutionis*, lo que quiere decir que el deudor en el momento de hacer el pago, o antes, por una manifestación de voluntad, puede declarar que se resuelve a cumplir la obligación no mediante la prestación principal, sino mediante la que se ha fijado de antemano como sustituta de aquélla (prestación accesoria).

Finalmente, la jurisprudencia nacional[567] ha abordado el tema de las obligaciones alternativas de la siguiente manera: «La elección de cumplimiento de una obligación alternativa se realiza por la ejecución de alguna de las prestaciones, exigiendo la misma sólo si se da la hipótesis de que la sentencia declare fundada la demanda, y ya en ejecución de sentencia se intime al deudor su cumplimiento» (esto último en el supuesto de que una vez elegida la prestación el deudor se niegue a cumplir su prestación).

565 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 73.

566 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 138.

567 Casación n.° 2378-98-Callao, 5 de mayo de 1999. En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año II, n.° 3. Trujillo: Normas Legales, 2000, p. 70.

Elección de la prestación ¿A quién le corresponde?

Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

1. Fuentes nacionales del artículo 1162

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 23, Título XI, Partida Quinta: «*Un nome señalado han a la vegadas dos seruos o mas, que son de un señor. E acaesce que aquel cuyos son, promete a otro de dar el uno dellos, nombrándolo, e non señalando por la facciones del su cupero, nin por menester si lo sopiesse. E quando tal promissión, de darle qualquier de todos aquellos que han un nome*».

El artículo 1162 del Código Civil peruano no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. Sí lo hace, en cambio, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, donde el tema es tratado en los artículos 784: «La elección toca al deudor, si no se ha concedido expresamente al acreedor»; y 785: «El deudor se libra entregando una de las dos cosas prometidas, mas no puede precisar al acreedor a recibir una parte de la una y otra de la otra».

El Código Civil de 1852 consignaba el artículo 1289: «Si el contrato tiene por objeto la entrega de una de varias cosas alternativamente, cumplirá el deudor entregando cualquiera o el valor de una de ellas si todas han perecido. Pero si se reservó la elección el acreedor, podrá pedir la que quiera de las existentes, o el valor de la que elija si hubiere perecido»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 tenía dos artículos, el 1506: «En las obligaciones alternativas que se refieren a cosas, corresponde la elección al deudor, salvo pacto en contrario.— Cuando son dos o más los deudores deben escoger de común acuerdo todos ellos. Lo mismo sucede, cuando son varios los acreedores, a quienes se ha reconocido el derecho de elegir.— En uno u otro caso, si no están acordes los deudores o los acreedores, corresponde la elección al juez»; y el 1505: «Cuando la obligación tiene por objeto una de varias cosas, o de varias prestaciones independientes y distintas entre sí, se llama alternativa».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en los artículos 147: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.— El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas, o que no hubieran podido ser objeto de la obligación»; y 146: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, regulaba el particular en sus artículos 138: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.— El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas, o que no hubieran podido ser objeto de la obligación»; y 137: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en los artículos 1182: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese reservado al acreedor»; y 1181: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; y el Código Civil de 1936, en sus artículos 1192: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese reservado al acreedor»; y 1191: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, regulaba el particular en sus artículos 31: «La elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero»; y 29: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir por completo una de ellas.— El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 39: «La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.— Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1181: «La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.— Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, contaba con el artículo 1130: «La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.— Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.— Son de aplicación a estos casos las reglas del artículo 1112».

FONDO EDITORIAL PUCP

2. Análisis

El artículo 1162 del Código Civil peruano establece que la elección de la prestación corresponde, en principio, al deudor.

Rams[568] sostiene que la atribución inicial de la facultad de elección al deudor o al acreedor es el elemento medular de la obligación alternativa en cuanto institución jurídica, ya que de tal atribución depende directamente la determinación de cuál sea el régimen jurídico legal aplicable, no sólo en el importantísimo problema de los riesgos de perecimiento o deterioro de las cosas puestas *in obligatione*, sino también, y paralelamente, en la obligación de conservación de las cosas por el deudor.

A entender de Marcadé[569], dada la libertad de las personas, el derecho común, las obligaciones y los vínculos que generan estas personas, los que constituyen una derogación de este derecho común, es natural restringir más que extender el alcance de una obligación; y, por consiguiente, cuando una persona está ligada alternativamente a una u otra cosa, es a esta persona a quien le corresponde la facultad de liberarse de la manera más cómoda que le parezca.

Naturalmente que cabe el pacto en contrario de este principio. En tal caso, las opciones a escoger por las partes serán:

a. Que la elección corresponda al acreedor.

b. Que la elección corresponda a un tercero designado por las propias partes[570].

Sea quien fuere el que deba practicar la elección, no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Éste es el principio de unidad de la prestación y debe ser cumplido[571].

Ahora bien, León Barandiarán[572] señala que se podría plantear un problema si fuese más de una la persona que tenga que hacer la elección (deudores o acreedores). El autor citado expresa que puede ocurrir que, tratándose de la alternativa, la obligación corresponda a varios deudores o varios acreedores, pudiendo abrigarse dudas acerca de cómo se puede proceder. Así, el Proyecto argentino (León Barandiarán se refiere al Proyecto de Reforma al Código Civil argentino del año 1936) señala que «Si la opción corresponde a varios acreedores o a varios deudores, o

568 Rams Albesa, Joaquín. *Las obligaciones alternativas*. Madrid: Montecorvo, 1992, p. 266.

569 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 484.

570 Estos conceptos —referidos a la forma de elección de la prestación a ejecutar— son compartidos también por el tratadista italiano Domenico Barbero (Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 61); y por el argentino Mariano Gagliardo (Gagliardo, Mariano. *La mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p. 145)

571 En este mismo sentido se pronuncian Perlingieri, Pietro y Geremia Romano. *Op. cit.*, p. 296.

572 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 79 y 80.

cuando varios herederos le han sucedido, la elección debe ser hecha por unanimidad y comunicada a todos los interesados por la otra parte»; y agrega que, cuando no se obtenga la unanimidad, la elección pasa a la otra parte.

En nuestra opinión, sería más conveniente, sin embargo, optar por el criterio de mayoría absoluta, así se evitarían hipotéticos entrampamientos y pérdida de eficacia de los contratos celebrados.

Tal vez la única duda que presenta esta posibilidad sería para el caso de la herencia, esto es, la forma como los herederos del encargado de la elección de la prestación deben efectuarla. Así, podría sostenerse que la elección debe hacerse por unanimidad, como también podría decirse que ésta se efectuaría por mayoría absoluta de los herederos. Por nuestra parte, consideramos más acertado el criterio que plantea la elección por mayoría absoluta, ya que en el Derecho —y no sólo dentro del Derecho Civil—, por lo general, resulta común que las decisiones de órganos corporativos o de grupo se adopten por mayoría relativa o absoluta, siendo el criterio de unanimidad uno de excepción, pues es proclive a entrampar la toma de decisiones.

A través del segundo párrafo del artículo 1162 del Código Civil peruano se establece que quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Esta norma tiene por objeto la preservación del principio de identidad de la prestación, ya que en la obligación alternativa se debe pagar con cualquiera de las prestaciones de tal carácter, pero completamente, lo que equivale a decir que se tiene que ejecutar íntegramente una u otra, pero nunca parte de una y parte de otra, porque de esta forma se estaría violentando el citado principio de identidad.

Un punto planteado por V. Marcadé[573] es aquel en el cual estamos en presencia de una prestación alternativa en la que sus objetos consistan en cosas pertenecientes a varios deudores (porque desde el origen había varios deudores o porque el único deudor había fallecido, dejando varios herederos). En este caso, a decir de Marcadé, estos múltiples deudores, aunque cada uno de ellos deba sólo su fracción de la deuda, no estarán menos obligados a ponerse de acuerdo para, en el mismo objeto, dar sólo la parte de cada uno; agrega que esta es la consecuencia necesaria y evidente de que la obligación alternativa tiene por objeto no una parte de una cosa y una parte de otra, sino tal cosa por completo, o tal otra por completo, igualmente.

Otro asunto de interés es el hecho de que a través del tercer párrafo del artículo 1162 se hace de aplicación a las obligaciones alternativas el supuesto del

573 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 484.

artículo 1144[574], relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo en la elección de las prestaciones de dar bienes inciertos.

¿Por qué no se ha hecho también remisión al artículo 1143, relativo a la elección de acuerdo con la calidad media?

La respuesta es muy sencilla. En el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o indeterminados resulta no sólo conveniente sino necesario efectuar precisiones como las previstas por el artículo 1143, pues las partes no han definido qué bien se entregará, sino que éste deberá ser escogido sólo con posterioridad a la celebración del contrato dentro de la especie señalada.

Sin embargo, el supuesto del artículo 1162 es totalmente distinto, pues en éste las partes han establecido de antemano en qué consiste cada una de las prestaciones alternativas objeto de la obligación pactada. En el caso analizado, las partes han otorgado similar valor, en lo que a ellas respecta, a cada una de las prestaciones previstas. Aquí resultará indiferente cuál revestirá mayor valor o calidad entre ellas, pues les han asignado valor similar a todas.

Adicionalmente, las prestaciones podrían revestir distinta naturaleza (dar, hacer y no hacer), razón por la cual, si persistiésemos en tratar de averiguar la calidad media de éstas, nos resultaría imposible hacerlo, además de que ello sería absolutamente innecesario, por las razones recién expresadas.

Esto no quiere decir que si se tratase de una obligación alternativa nunca resulte de aplicación el artículo 1143 del Código Civil. Podría ocurrir que en una obligación alternativa la prestación cuyo cumplimiento se elija sea una de dar bienes inciertos o indeterminados. En este caso, para la elección de la prestación en sí, será de aplicación solamente el artículo 1144, en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 1162, pero en lo relativo a la elección del bien entre los inciertos —para hacerlo cierto— serán de aplicación concurrente los artículos 1143 y 1144, relativos a las obligaciones de esta naturaleza.

574 Artículo 1144.- A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.
Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.
Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Formas de realizar la elección

Artículo 1163.- La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.

1. Fuentes nacionales del artículo 1163

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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.

Sí fue regulado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, (artículo 149): «La elección tendrá lugar por declaración dirigida a la otra parte.— La prestación elegida se considerará como la única debida desde un principio»; así como por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926 (artículo 140): «La elección tendrá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación elegida se considerará como la única debida desde un principio»; por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en su artículo 1184: «La elección tendrá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación elegida se considerará como la única debida desde el principio»; y por el Código Civil de 1936 (artículo 1194): «La elección tendrá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación se considerará como la única debida desde el principio».

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató sobre el particular en el artículo 34: «La elección se hace irrevocable con la ejecución de una de las prestaciones, o bien con la declaración de la elección comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección se hace por un tercero. La prestación elegida se considerará la única debida desde el principio»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 41: «La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practicara un tercero»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1183: «La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas, si la practicara un tercero»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en

ESTUDIO FERNÁNDEZ-SESSAREGO CARRILLO FREYRE

el artículo 1131: «La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practicara un tercero o el juez».

2. Análisis

El artículo 1163 del Código Civil establece dos formas de realizar la elección de la prestación, a saber:

a. Con la ejecución de una de las prestaciones.

b. Con la declaración de la elección comunicada a la otra parte, o a ambas, si la practica un tercero o el juez.

Por ello, quien deba realizar la elección podría optar por cualquiera de los dos caminos señalados. Si eligiese el primero, en principio (ya que luego nos encargaremos de establecer una excepción a esta regla), no se requeriría de la comunicación sobre la prestación elegida, sino solamente de su ejecución por el deudor. Por la redacción del Código Civil, esta posibilidad resulta evidente. Sin embargo, ella sólo será de aplicación cuando corresponda al deudor realizar la elección, ya que, si ésta correspondiese al acreedor o a un tercero, mal podría el deudor, antes de que la prestación hubiese sido escogida, iniciar su ejecución. Esto es lo que se denomina la concentración normal de la prestación[575].

Si se optase por la segunda vía, quien realice la elección deberá, necesariamente, comunicarla a la otra parte (si se tratase del deudor o del acreedor quien deba realizar dicha elección); si fuese el tercero designado por las partes, o el juez, quien deba efectuar la elección, deberá comunicarla a ambos contratantes (o partes —en términos generales—) para que ésta surta efectos.

En este punto, debemos recordar lo señalado por Vega Soyer[576] cuando expresa que debe tenerse presente que la eficacia de la elección realizada con arreglo a esta teoría, precisamente dado su carácter de declaración recepticia, exige que, si ésta es efectuada por el deudor, debe ser comunicada al acreedor y viceversa; en tanto que en el caso en que la elección la efectúa un tercero o el juez, ésta tiene que ser comunicada tanto al deudor como al acreedor. Asimismo, y con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil, según la modificación contenida en el artículo 1 de la Ley n.º 27291, es requisito para la eficacia de este tipo de elección que la declaración sea dirigida a las personas a su domicilio, a no ser que éstas prueben haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si la elección se realizase a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá su recepción, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

575 Ver Barbero, Domenico. *Op. cit.*, pp. 62 y 63.

576 Vega Soyer, Jorge. «Formas de realizar la elección». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 171.

Ahora bien, queremos ocuparnos de un supuesto interesante en lo que respecta a la elección por ejecución del deudor de una prestación alternativa.

Se trataría del caso en el cual se hubiera pactado una obligación alternativa, con varias prestaciones, una de las cuales sea una prestación de no hacer. Si fuese el deudor quien tuviera que efectuar la elección en fecha determinada, y luego de transcurrida esa fecha no manifestase su voluntad en ningún sentido, cabrían, en nuestra opinión, dos interpretaciones:

a. Debería entenderse que ha escogido la prestación de no hacer, ya que es ésta justamente la que viene ejecutando.

Nosotros no compartimos esta tesis, sino la que explicamos a continuación.

b. Para la hipótesis en la cual por lo menos una de las prestaciones consista en un no hacer, y le corresponda al deudor efectuar la elección, en principio necesariamente tendrá que optar por una elección expresa, ya que en este caso el silencio no representa ninguna manifestación de voluntad, ni mucho menos el no hacer implica que esté ejecutando dicha prestación. Éste sería el supuesto en el cual se hubiese pactado una obligación alternativa, consistente, por ejemplo, en dos prestaciones de dar y una de no hacer, y el deudor no entregase ninguno de los bienes, pero estuviera omitiendo hacer lo que era objeto de la obligación.

Consideramos que en casos como el mencionado en el párrafo anterior el deudor debería necesariamente efectuar una elección expresa de la prestación que desee ejecutar, a menos que la obligación de no hacer consista en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o la omisión de algo en la fecha prevista en la obligación alternativa.

Si para el lector quedase alguna duda acerca de las bondades de esta segunda opción, plantéese el supuesto en el cual un deudor se hubiese obligado frente a un acreedor de manera alternativa a la ejecución de una cualquiera de tres prestaciones de no hacer. En este caso, no se podría interpretar el silencio y la abstención del deudor como equivalente a la ejecución de alguna de ellas, ya que no sólo alguna es de no hacer, sino que las tres son de esta naturaleza, y no cabría imputar su silencio y abstención a alguna de ellas, a menos que alguna de las obligaciones de no hacer consistiese en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o que llegara la fecha de omisión respecto a la primera, y el deudor omitiera hacer.

Debemos señalar, no obstante las precisiones anteriores, que la elección siempre puede ser impugnada, pues ella podría versar sobre alguna prestación que no estuvo considerada en la obligación alternativa; también podría modificarse su naturaleza y contenido al practicarse la elección o al empezar a ejecutarla.

No está demás precisar que cuando hablamos de la elección de la prestación a ejecutar en las obligaciones alternativas, dicha elección tiene carácter irrevocable.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

En tal sentido, Boffi Boggero[577] señala que al ser la consecuencia de la elección transformar la obligación alternativa en una de dar cosa cierta, de hacer o de no hacer hechos concretos, la importancia decisiva que entraña ha dado origen a opiniones diferentes acerca de si la elección practicada es o no irrevocable. El citado autor agrega que la irrevocabilidad tiene la ventaja de ofrecer seguridad jurídica, que en el caso se traduce en una garantía para la otra parte. Según Boffi Boggero, mientras los partidarios de la tradición la sitúan fundamentalmente en el momento en que ella se produzca o, en todo caso, cuando hubo acuerdo entre acreedor y deudor acerca de la cosa o la prestación sobre la cual se va a concentrar la alternativa, los partidarios de la tesis de la declaración hacen arrancar la irrevocabilidad del momento mismo en que la declaración llega a conocimiento de la otra parte; agregan, además, que si la elección corresponde al acreedor, la irrevocabilidad surge desde que se la comunica al deudor, mientras que la elección del tercero trae aparejada la irrevocabilidad desde que han sido notificadas las dos partes.

Boffi Boggero plantea —aunque no comparte— la tesis de la retroactividad de la elección. Recuerda que, con relación a las consecuencias en orden al tiempo, se ha señalado por un sector de la doctrina que la elección se efectúa retroactivamente al momento en que nació la obligación correspondiente, entendiéndose que desde el principio hubo una única prestación: la elegida. Incluso, recuerda que el Código Civil alemán consagra esa interpretación, aceptada sin reparos por muchos autores partidarios de la teoría «condicional».

Por nuestra parte, y respecto al tema promovido por Boffi Boggero, debemos reiterar que la posición que plantea la retroactividad de los efectos de la elección de la prestación a ejecutar no es acertada. Si asumiésemos los efectos retroactivos de la elección, estaríamos también asumiendo, implícitamente, que la obligación alternativa, después de efectuada la elección, se consideraría simple o de objeto único desde su nacimiento, lo que evidentemente resulta falso, ya que estamos en presencia de una obligación con pluralidad de objeto. Hasta tal punto no es retroactiva la elección que ésta surte efectos desde el tiempo en que se realiza, momento desde el cual la obligación alternativa se empezará a regular por las normas de las obligaciones de objeto simple, sean de dar, de hacer o de no hacer.

No olvidemos el antiguo principio jurídico de que la naturaleza de los actos mira el momento en que nacieron, el único que resulta importante para describir su naturaleza.

577 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 457-460.

Elección en obligación de prestaciones periódicas

Artículo 1164.- Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1164

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

La primera referencia nacional la consigna el artículo 1508 del Proyecto de Código Civil de 1890, que establece: «Cuando la obligación alternativa tiene por objeto prestaciones periódicas, la elección hecha en un periodo no es obligatoria en los siguientes».

Luego aparecieron el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 148: «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 139: «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1183: «Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la elección hecha para un año no obliga para los otros»; y el Código Civil de 1936, artículo 1193: «Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la elección hecha para un año no obliga para los otros».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el artículo 30 de la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973: «Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones periódicas, la elección hecha para un periodo no obliga para los otros»; por el artículo 42 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980: «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; por el artículo 1184 del Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981: «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección

EDUARDO CASTILLO FREYRE

hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; y por el artículo 1132 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

2. Análisis

2.1. Generalidades

El artículo 1164 del Código Civil peruano plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tuviese por objeto dos o más prestaciones periódicas.

Debemos precisar que dentro del concepto de prestaciones periódicas deben comprenderse a:

a. Las prestaciones periódicas propiamente dichas.
b. Las prestaciones periódicas de carácter continuado.

En virtud del principio de unidad de la prestación (en este caso extendido al supuesto de pluralidad de prestaciones), ésta debe ser ejecutada íntegramente.

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas, se plantean, para quien deba realizar la elección, dos caminos, y luego que decida por uno de ellos no podrá retroceder y comenzar con el otro. En este caso, cada uno de los caminos es irreversible. La opción elegida deberá ser cumplida en su integridad, sin que se pueda transitar por parte de una y por parte de la otra.

Pongamos un ejemplo. Un deudor se obliga frente a su acreedor de manera alternativa a arrendarle un inmueble y le da como contraprestación (aquí está la alternatividad) o la cantidad de dos mil dólares americanos mensuales o un televisor marca Sony, nuevo, de treinta pulgadas, mensualmente, como renta.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y éste paga la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. No podría cumplir, salvo que lo permita el acreedor, con la entrega de los dos mil dólares americanos en otra mensualidad, y así alternativamente.

Esto nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida, lo que podría suceder si luego de cuatro meses, por ejemplo, se descontinuase la fabricación de televisores de la marca Sony. En tal supuesto, salvo un nuevo acuerdo con el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección —salvo las excepciones previstas por la ley—, que fija efectivamente el objeto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta necesario señalar, adicionalmente, que la innovación más importante en relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código Civil vigente, es que la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que él alude. Debe presumirse que la manifestación de voluntad expresada para un periodo alcanza a los demás. Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por el deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los periodos siguientes.

Se abandona, por otra parte, la expresión «prestaciones anuales», que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión «prestaciones periódicas», que revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la «periodicidad» y no la «anualidad» la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte *lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso*[578].

Ahora bien, el tema a que se refiere el artículo 1164 del Código Civil peruano no es nuevo. Ya Pothier[579] decía, apoyándose en una ley romana, que, en las rentas y pensiones anuales alternativas, como si se tratara de una renta de treinta libras o un moyo de trigo por cada año, el deudor puede escoger cada año una de las dos cosas; y aunque haya pagado el primer año la suma de dinero, puede optar en el segundo año por el moyo de trigo, y viceversa.

El Código Civil argentino recoge un principio opuesto al del artículo 1164 del Código Civil peruano, ya que su artículo 640 establece que cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros. Los autores argentinos avalan el principio de su Código Civil. Así, Luis María Boffi Boggero[580] señala que el fundamento de la norma es que no se trata de pagos parciales de una obligación única, sino de pagos autónomos, de pagos diferentes, donde nace una nueva facultad de opción a partir de cada vencimiento. Boffi Boggero precisa, adicionalmente, que, aunque la elección se hubiese reiterado durante varios períodos, subsiste el derecho de opción consagrado por el artículo 640 del Código argentino, y agrega que el principio general es válido para esta hipótesis. No obstante ello, Boffi Boggero admite que si de los términos del contrato o de otras circunstancias surgiese que las partes han acordado que la elección por un año valiese para los otros, al tratarse de un principio que no reviste carácter imperativo, la norma dejaría su sitio a la estipulación nacida de la autonomía de la voluntad.

Por nuestra parte, señalamos que el principio recogido por el Código argentino y los fundamentos que lo sustentan revisten solidez, lo que nos hace ver que

578 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

579 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 204.

580 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 460.

en determinados aspectos resulta más conveniente la flexibilidad del precepto que la rigidez. Sin embargo, el principio recogido por el Código Civil peruano es coherente, razón por la que creemos que el problema se reduce finalmente a un criterio de opción legislativa.

2.2. Posibilidad de entrelazar los criterios clasificatorios de las obligaciones de objeto plural

Consideramos que el artículo 1164 es en extremo interesante, pues plantea la posibilidad de ensayar una teoría sobre la conjuntividad, la alternatividad y la facultatividad en cuanto a las obligaciones con prestaciones alternativas de carácter periódico.

El tratamiento habitual de las obligaciones alternativas y facultativas plantea la ejecución de una prestación en un momento determinado. Sin embargo, el artículo 1164 establece la posibilidad de que en el caso de las obligaciones alternativas una de ellas consista en prestaciones de ejecución periódica, lo que llevaría a plantearnos el problema de que la ejecución de la prestación elegida pueda revestir, a su turno, el carácter de alternativa, facultativa o conjuntiva.

Recordemos, por principio, que la prestación es el objeto de la obligación. Ahora bien, la obligación puede generar:

- **Una única prestación**

Esta prestación puede ser ejecutada fraccionadamente o en partes, sin dejar de ser una sola prestación.

Para citar un ejemplo, mencionaremos un contrato en el cual una parte se ha comprometido a transferir la propiedad de una casa, mientras que la otra parte se ha obligado a hacerle un pago a plazos (fraccionado en dos armadas) en cualquiera de las siguientes tres posibilidades:

- De manera alternativa, vale decir: cien mil dólares americanos o joyas por ese valor.
- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar cien mil dólares americanos y la accesoria entregar las joyas.
- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar las joyas y la accesoria entregar los cien mil dólares americanos.
- De manera conjuntiva, vale decir, entregando cincuenta mil dólares americanos en efectivo en una primera armada y la misma cantidad en su equivalente en soles en una segunda cuota.
- De manera conjuntiva, vale decir, entregando joyas por un valor de cincuenta mil dólares americanos en cada una de las dos armadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como puede apreciarse de las variantes del ejemplo que acabamos de citar, la aplicación del criterio de alternatividad, facultatividad y conjuntividad se da en el nivel del objeto de la prestación.

- **Varias y distintas prestaciones**

Estas varias y distintas prestaciones deberán ser, necesariamente, de ejecución periódica. Por ejemplo, las prestaciones en un contrato de arrendamiento o de suministro.

2.2.1. Criterios aplicables a nivel de prestaciones periódicas

Partiendo de esta premisa, las prestaciones objeto de la obligación y el conjunto de prestaciones derivado de ella pueden ser, indistintamente, de naturaleza alternativa, facultativa o conjuntiva, de donde se originan las siguientes combinaciones:

a. Alternativa + conjuntiva

Puede darse una obligación alternativa que genere dos prestaciones y que cada una de estas prestaciones alternativas consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter conjuntivo.

Éste sería el caso del deudor que se obliga ante su acreedor a la entrega alternativa y periódica de polos o camisas. Pero si elige entregar polos deberá hacer dicha entrega con polos elaborados de algodón, nailon y poliéster, mientras que, si hubiese elegido la entrega de camisas, éstas deberán ser de seda, *chalisse* y gasa.

b. Conjuntiva + alternativa

Puede darse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas y que cada una de estas prestaciones conjuntivas consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter alternativo.

Sería el caso del fotógrafo deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega conjuntiva de retratos y paisajes. Es claro que deberá ejecutar ambas prestaciones, los retratos y los paisajes, por ser una obligación conjuntiva; pero esta situación podría plantearnos que respecto de los retratos se haya pactado la alternativa de que éstos sean en blanco y negro o a colores, y que lo propio se haya convenido, a elección del deudor, sobre los paisajes.

En este ejemplo notamos que se trata de prestaciones conjuntivas, si las vemos entre grupo y grupo, pero que son alternativas en cuanto a la ejecución de las prestaciones, dado que suponen efectuar una elección entre ellas.

Otro ejemplo sería el caso del concesionario de la cafetería de una empresa que se hubiese obligado al suministro de helados de vainilla y chocolate a la hora de almuerzo durante los tres meses de verano, pero pactándose que los comensales podrán elegir alternativamente entre helado de vainilla o helado de chocolate, sin que puedan tomar de ambos a la vez.

ARTURO MARIO CASTRO LOREYRE

c. Facultativa + conjuntiva

Puede darse una obligación facultativa que genere dos prestaciones (obviamente, una principal y otra accesoria), pero que a la vez cada una de estas prestaciones consistiese en una conjuntividad de prestaciones periódicas.

Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega de cien kilos de azúcar mensuales (como prestación principal) o cien kilos de arroz mensuales (como prestación accesoria). En este caso, a nivel de ambas prestaciones, habría facultatividad. Pero si dichas cantidades (en cualquiera de los dos casos) deben entregarse en bolsas de medio kilo, un kilo y dos kilos a la vez, estaríamos frente a la conjuntividad a nivel de su ejecución.

d. Conjuntiva + facultativa

Podría presentarse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas, y en la que cada una de ellas consistiese en una facultatividad de prestaciones periódicas.

Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega semanal de diez cajas de gaseosas y de diez cajas de cerveza. Pero cuando entregue las diez cajas de gaseosas o de cerveza, podrá elegir entre si se cumple con gaseosas o cervezas de tamaño grande o mediano, siendo el tamaño grande la prestación periódica principal, mientras que el tamaño mediano la prestación periódica accesoria. Como se ve, a este nivel estaríamos en presencia de la facultatividad.

e. Alternativa + facultativa

Aquí podría presentarse el caso de una obligación que genere dos prestaciones alternativas, pero que cada una de estas prestaciones, a su vez, consistiese en la ejecución periódica de prestaciones facultativas.

Este supuesto sería el de un deudor que se hubiese obligado frente a su acreedor a la entrega semanal de diez cajas de gaseosas o diez cajas de cerveza (una opción u otra), pero si se ejecutase la de dar gaseosas, el deudor tendría la facultad de dar Coca Cola (como prestación periódica principal) o Pepsi (como prestación periódica accesoria); y si optase por cumplir su obligación con la entrega de cerveza, pudiese ejecutar dicha obligación de ejecución periódica con la entrega de cerveza Cristal o Pilsen, de manera facultativa, constituyendo la cerveza Cristal la prestación periódica principal, en tanto que la cerveza Pilsen, la accesoria.

f. Facultativa + alternativa

Podría presentarse el supuesto de una obligación que genere dos prestaciones facultativas, donde cada una de ellas, a su vez, consistiese en la ejecución de prestaciones periódicas alternativas.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado ante su acreedor a la entrega facultativa de cien kilos de arroz o cien kilos de azúcar, donde sea el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

arroz la prestación principal, en tanto que el azúcar la accesoria. Pero como la ejecución de cualquiera de dichas prestaciones se realizaría de manera periódica, esta ejecución podría hacerse con arroz extranjero o con arroz nacional (para el primer caso); y, con azúcar extranjera o con azúcar nacional (para el segundo supuesto).

Debemos señalar que ante la ausencia de normas que prevean y regulen estos supuestos se origina un vacío legal ante el cual el juez, al considerar indeterminado el objeto por la pluralidad de prestaciones que se dan, tendría que aplicar lo dispuesto para la alternatividad, la facultatividad o la conjuntividad (teoría), respectivamente.

2.2.2. Criterios aplicables a nivel del objeto de las prestaciones

Cabría preguntarse también si el mismo criterio podría plantearse a nivel de cada objeto de cada una de las distintas prestaciones periódicas.

Consideramos que la respuesta es afirmativa.

Así las cosas, aplicaríamos los criterios de alternatividad, facultatividad y conjuntividad al nivel del objeto de la prestación.

En tal sentido, tendríamos las siguientes variables o posibilidades:

Que la obligación sea:

a. Conjuntiva, alternativa y conjuntiva.
b. Conjuntiva, facultativa y conjuntiva.
c. Conjuntiva, alternativa y facultativa.
d. Conjuntiva, facultativa y alternativa.

Que sea:

e. Alternativa, conjuntiva y facultativa.
f. Alternativa, facultativa y conjuntiva.
g. Alternativa, facultativa y alternativa.
h. Alternativa, conjuntiva y alternativa.

O que sea:

i. Facultativa, alternativa y conjuntiva.
j. Facultativa, conjuntiva y alternativa.
k. Facultativa, alternativa y facultativa.
l. Facultativa, conjuntiva y facultativa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El esquema trazado tendría el siguiente desarrollo:

a. Conjuntiva + alternativa + conjuntiva

Por ejemplo, un deudor que se obliga frente a su acreedor a la entrega semanal de diez cajas de gaseosas y cerveza (conjuntiva), pero que puede cumplir entregando gaseosas grandes o chicas (alternativa); pero si elige cumplir con grandes o con chicas, deberá hacerlo con Coca Cola y con Inca Kola (conjuntiva).

b. Conjuntiva + facultativa + conjuntiva

Sería el caso del deudor que se obliga frente a su acreedor a entregar semanalmente diez cajas de gaseosas y de cerveza (conjuntiva); siendo la prestación principal entregar gaseosas grandes, mientras que la accesoria entregar gaseosas chicas (facultativa); pero si elige entregar grandes o chicas, deberá hacerlo con Coca Cola y con Inca Kola a la vez (conjuntiva).

c. Conjuntiva + alternativa + facultativa

Siguiendo con nuestros ejemplos, este podría ser el caso en que el deudor se obligase a entregar semanalmente diez docenas de polos y de camisas (conjuntiva); pero que cualquiera de ellos podrá ser de algodón o de nailon (alternativa); mientras que dichos polos podrán ser estampados (como prestación principal) o lisos (como prestación accesoria) (facultativa).

d. Conjuntiva + facultativa + alternativa

Sería el caso en que el deudor se obligase a entregar cien sacos de arroz y cien sacos de azúcar (conjuntiva); siendo la prestación principal la de entregar arroz o azúcar nacional, mientras la accesoria sería la de entregar arroz o azúcar importados (facultativa); y, además, si elige arroz, podrá entregarlo de grano grande o chico (alternativa), mientras que si elige azúcar podrá entregarla blanca o rubia (alternativa).

e. Alternativa + conjuntiva + facultativa

El deudor se obliga a entregar helados o tortas (alternativa); pero si entrega helados, éstos tendrán que ser de leche y de agua (conjuntiva); siendo la principal prestación la de entregar helados de chocolate y la accesoria la de entregar helados de vainilla (facultativa).

f. Alternativa + facultativa + conjuntiva

Nos serviría de ejemplo un deudor que se obligase a entregar veinte cajas de zapatos o zapatillas (alternativa); y, con el derecho de elegir cualquiera de estas dos posibilidades, ellas deberán consistir en calzado de cuero peruano (como prestación principal) o de cuero brasileño (como prestación accesoria) (facultativa); pero en cualquiera de los dos casos, deberán ser de cuero de vaca y de cocodrilo (conjuntiva).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

g. Alternativa + facultativa + alternativa

Podríamos poner como ejemplo el caso en el cual un deudor se obligase frente a su acreedor a la entrega de pantalones cortos o largos (alternativa); pudiendo ser, en cada caso, de *jean* (como prestación principal) o de *corduroy* (como prestación accesoria); y, en cualquiera de los casos, deberá entregar pantalones de talla larga o talla mediana (alternativa).

h. Alternativa + conjuntiva + alternativa

Sería el caso en el cual el deudor se obligase a dar a una tienda juguetes o instrumentos musicales (alternativa); y habiendo elegido cualquiera de las posibilidades, deberá darlos de manufactura nacional e importada (conjuntiva). En caso de elegir juguetes, además deberán ser muñecas o carros (alternativa). Por otro lado, en el supuesto de haber escogido dar instrumentos musicales, éstos deberán ser tambores o flautas (alternativa).

i. Facultativa + alternativa + conjuntiva

Como ejemplo podríamos citar el caso del deudor que se obliga a entregar helados (como prestación principal) o gaseosas (como prestación accesoria) (facultativa); y, en caso de elegir cualquiera de ellos, deberán ser suministrados en envases de un litro o en envases de un galón (alternativa); y, en ambos casos, de haberse elegido helados, éstos deberán ser de chocolate y de vainilla (conjuntiva); y si se hubiesen elegido gaseosas, éstas deberán ser suministradas con sabores de naranja y limón (conjuntiva).

j. Facultativa + conjuntiva + alternativa

Por ejemplo, si un deudor se obligase frente al acreedor a la entrega de sacos de harina (como prestación principal) o de sacos de azúcar (como prestación accesoria) (facultativa); y, de elegir cualquiera de ellos, deberá entregar harina o azúcar nacional e importada a la vez (conjuntiva). Ahora bien, si elige entregar harina, podrá hacerlo de harina preparada o sin preparar (alternativa); mientras que, si elige entregar azúcar, ésta podrá ser blanca o rubia (alternativa).

k. Facultativa + alternativa + facultativa

Sería el caso en el cual un deudor se obligase a entregar como prestación principal jugos y, como prestación accesoria, gaseosas (facultativa). Si elige entregar jugos, éstos podrán ser naturales o artificiales (alternativa); pero elija unos u otros, aquéllos podrán ser de sabor de mango (como prestación principal) o de manzana (como prestación accesoria).

Ahora bien, si elige entregar gaseosas, éstas podrán ser naturales (como es el caso de las aguas minerales) o artificiales (cualquier otra gaseosa) (alternativa); y de haber elegido cualquier otra gaseosa, ésta podrá ser de sabor a lúcuma (como prestación principal) o de cualquier otro sabor (como prestación accesoria) (facultativa).

ESTUDIO PIO CASTILLO FREYRE

I. Facultativa + conjuntiva + facultativa

Sería el ejemplo del deudor que se obliga frente a su acreedor a la entrega de chocolates (como prestación principal) o caramelos (como prestación accesoria) (facultativa); pero si elige unos u otros, deberá hacerlo con unidades de tipo leche y de tipo licor (conjuntiva); mientras que podrá entregarlos de manera principal en cajas o de manera accesoria en bolsas (facultativa).

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este punto, debemos precisar que las subdivisiones y criterios a seguir para combinar la alternatividad con la facultatividad y la conjuntividad, resultan, en buena cuenta, infinitos.

Así, podríamos tener el caso siguiente: un deudor se obliga a entregar a su acreedor carne o vegetales (alternativa). Para seguir sólo con la opción de la carne, podríamos decir que ésta podrá ser roja o blanca (alternativa); mientras que, si es blanca, deberá tratarse de pescado y de gallina (conjuntiva); y en esta situación, sólo para hablar de la carne de pescado, ésta deberá ser de corvina, cojinova y lenguado, a la vez (conjuntiva), pero el deudor podrá optar de manera facultativa a la entrega de cortes de uno o de dos kilos (facultativa). Adicionalmente, en cualquiera de los casos, el pescado podrá ser fresco o congelado (alternativa) y deberá estar envasado en cajas y en bolsas (conjuntiva). Cabría agregar que los envases podrían ser etiquetados o no (alternativa), y así seguir con las posibilidades de manera indefinida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reglas relativas a la imposibilidad de ejecución de las prestaciones cuando la elección corresponde al deudor

Artículo 1165.- Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

2.- Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.

3.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1165

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a las *Partidas*, Ley 18, Título XI, Partida Quinta: «*Si cuando la cosa señalada que prometiesse alguno a dar, non dixesse ciertamente, en qual* día *gela daría; si después desso gela pidiesse el otro a quien fue prometida, pidiendogela, e non gela quisiesse dar, pudiéndolo fazer, dezimos que si muriesse la cosa después, de su muerte natural, que es tenudo de la pechar*»; además de la Ley 23, Título XI, Partida Quinta; y la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: «*Es tenudo de pechar la cosa, aquel que por su culpa acaesciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa*».

El artículo 1165 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en sus artículos 787: «La obligación alternativa se convierte en pura y simple, si una de las cosas prometidas perece y no puede entregarse, aunque sea por culpa del deudor. No se puede en lugar de esta cosa ofrecer su precio. Si las dos han perecido, y el deudor es culpable de la pérdida de una de ellas, debe pagar el importe de la última que haya perecido»; 789: «Si las dos cosas han perecido sin culpa del deudor, y antes que se le pueda argüir de moroso, la obligación se extingue con arreglo al Capítulo 34, Título 3, Libro 3 de este Código»;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y 790: «Los mismos principios se aplican al caso en que la obligación alternativa comprenda más de dos cosas».

El Código Civil de 1852 carece de antecedentes respecto al artículo 1165 del Código vigente.

El Proyecto de Código Civil de 1890 reguló la materia en sus artículos 1509: «Si llega a ser imposible sin culpa del deudor cumplir las prestaciones que son objeto de obligación alternativa, queda ésta extinguida»; 1510: «La obligación alternativa se convierte en simple, cuando perece, o no puede ser entregada alguna de las cosas que son objeto de ella, aunque uno u otro de estos hechos se realicen por culpa del deudor.— En este caso no se puede obligar al acreedor a que reciba en lugar de la cosa debida el precio que ésta tenga»; y 1511: «Si perecen las cosas que son objeto de obligación alternativa, y el deudor es culpable de la pérdida de una de ellas, debe pagar el precio de la última que perezca».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató el tema en sus artículos 151: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.— La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; y 150: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hizo en tres preceptos, los artículos 142: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.— La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; 141: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable»; y 296: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba el tema en sus artículos 1186: «El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.— La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; 1185: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable»; y 1307: «La obligación se extingue cuando la prestación

llega a ser imposible sin culpa del deudor»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en sus artículos 1196: «El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.— La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; 1195: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable»; y 1318: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 tocó el tema en sus artículos 35: «El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable»; 36: «El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La misma regla se aplicará aunque la última prestación realizable se hubiera hecho imposible por caso fortuito.— La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible»; y 37: «Si una de las dos prestaciones llega a ser imposible por culpa del acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, cuando no prefiera ejecutar la otra prestación y pedir el resarcimiento de los daños. La misma regla se observará cuando las prestaciones sean más de dos».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trató el tema a través de su artículo 43: «Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiera, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que hubiera sido imposible; 2. Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes; 3. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas no imputables al deudor, se extinguirá la obligación»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1185: «Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiera, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que hubiera sido imposible; 2. Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes; 3. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas no imputables al deudor, se extinguirá la

obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1133: «Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiera, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible; 2. Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes; 3. Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reglas relativas a la imposibilidad de ejecución de las prestaciones, cuando la elección corresponda al acreedor, a un tercero o al juez

Artículo 1166.- Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

2.- Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

3.- Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.

4.- Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1166

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en su artículo 788: «En los casos previstos en el artículo anterior, si la elección se concedió por el convenio al acreedor y sólo ha perecido una de las cosas, entonces si ha sido sin culpa del deudor, el acreedor debe recibir la que quede; pero si el deudor es culpable, el acreedor puede pedir la cosa que queda o el importe de la que ha perecido. Si han perecido ambas cosas y el deudor es culpable de la pérdida de ellas, o sólo de la una, entonces el acreedor puede

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

pedir el precio de cualquiera de ellas a su elección»; mientras que el Código Civil de 1852 no trató sobre el particular.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 se ocupó de la materia en su artículo 1512: «Pereciendo sin culpa del deudor una de las cosas debidas alternativamente, debe el acreedor, caso de corresponderle la elección, recibir la que queda; pero, si el deudor es culpable de la pérdida, el acreedor puede pedir a su elección la cosa que queda, o el precio de la que ha perecido.— Si perecen ambas cosas por culpa del deudor, cometida respecto de ellas o de una sola, puede el acreedor pedir el precio de una u otra; pero si perecen sin culpa del deudor, antes de que éste incurra en mora, se extingue la obligación».

Mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hizo en su artículo 152: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiera sido notificada al deudor.— Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1.- Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiere.— 2.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido.— 3.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en sus artículos 296: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor»; y 143: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiera sido comunicada al deudor.— Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1a.- Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiere.- 2a.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa del aquél, hubiere desaparecido.— 3a.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 contemplaba el tema en sus artículos 1307: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor»; y 1187: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.— Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese; 2.- Si la

pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que hubiere desaparecido; 3.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

En tanto que el Código Civil de 1936 lo hizo en sus artículos 1318: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor»; y 1197: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.— Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1. Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese; 2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que hubiere desaparecido; 3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 reguló el particular en sus artículos 38: «Cuando la elección hubiere sido atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.— Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá, entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese.— 2.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el valor de la que hubiere desaparecido, más los daños y perjuicios en este último caso.— 3.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su valor, más los daños y perjuicios.— Las mismas reglas regirán la responsabilidad del deudor cuando la elección hubiere sido atribuida a un tercero»; y 39: «Cuando la elección corresponde al acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, si una de las dos prestaciones se hace imposible por culpa del acreedor, salvo que éste prefiera pedir la otra prestación y resarcir el daño».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, contempló el particular en su artículo 44: «Cuando la elección corresponde al acreedor, o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.— 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trató el tema en su artículo 1186: «Cuando la elección corresponde al acreedor, o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.— 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en su artículo 1134: «Cuando la elección corresponde al acreedor, o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.— 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.— 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación».

2. Análisis de los artículos 1165 y 1166

Los artículos 1165 y 1166 del Código Civil peruano consignan normas para resolver las diversas situaciones que se pueden presentar después de haberse contraído una obligación alternativa y producirse la imposibilidad de la ejecución futura y oportuna de alguna, algunas o todas las prestaciones derivadas de dicha obligación, pero considerando en cada caso a quién corresponde la elección y si

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dicha imposibilidad se debe a culpa del deudor o ha ocurrido sin culpa de él. Podría decirse que estas normas hacen de aplicación la teoría del riesgo a las obligaciones alternativas, que se encuentra contemplada en el artículo 1138 del Código nacional, salvando, desde luego, la diversa naturaleza jurídica de ambas instituciones.

La metodología empleada por el Código Civil en los mencionados artículos tiene como finalidad resolver tales problemas, considerando si es el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, quien debe elegir la prestación a ejecutar por parte del deudor.

Sin embargo, no todos los supuestos están previstos en las normas citadas, según luego lo señalaremos.

El artículo 1165, en su inciso primero, establece que, si la elección corresponde al deudor y todas las prestaciones son imposibles por causas a él imputables, la obligación queda resuelta, debiendo el deudor devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

Manifiesta Marcadé que cuando la segunda cosa pereció por culpa del deudor, poco importa cómo pereció la primera; es perfectamente regular, entonces, hacer pagar al deudor por el precio de la segunda; pero añade que este deudor podría deber aún, además del precio, cierta suma a título de abono por daños y perjuicios.

Como este inciso está referido a un supuesto de elección de la prestación por parte del deudor, es coherente la solución adoptada por el Código, ya que, si por culpa o dolo del propio deudor resultan imposibles todas las prestaciones alternativas, ya no es posible el cumplimiento de la obligación. La solución adoptada por el Código presume que el deudor, al haber hecho imposible la penúltima prestación, dejó una última con posibilidades de ejecutar. Y ocurre, precisamente, que al hacer imposible la ejecución de esta última prestación, en buena cuenta ha hecho imposible la única prestación con la que podía cumplir. De ahí que cuando el Código debe elegir una indemnización de daños y perjuicios referida a alguna de las prestaciones, decide por la última imposible.

En palabras de Alfredo Colmo[581], el principio se explica en el caso, porque no se hace más que interpretar la intención del deudor a través del siguiente razonamiento: yo debía las prestaciones A y B; es verdad que la prestación A se ha perdido o hecho imposible por mi culpa; pero como yo no la hubiera elegido para el pago en caso de haber subsistido, mal puedo ser responsable a su respecto por lo mismo que el acreedor no puede invocar derecho alguno sobre lo que jamás le habría correspondido. De esta forma la obligación se concentra en la prestación que reste y se convierte en una obligación de dar, de hacer o de no hacer algo.

581 Colmo, Alfredo. *De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 267.

En una derivación del supuesto del inciso primero del artículo 1165 de nuestro Código Civil podríamos contemplar un caso planteado por Levenhagen[582], esto es, el de la obligación alternativa que contiene dos prestaciones a ser escogidas, la primera de las cuales resulta imposible por caso fortuito o de fuerza mayor, mientras que la segunda deviene en imposible por culpa del deudor. En esta hipótesis, no tendría lugar la aplicación del inciso primero del artículo 1165, porque la imposibilidad de la primera prestación por caso fortuito o de fuerza mayor transformó en simple la obligación que era alternativa, correspondiendo al deudor cumplir con la restante. Ante la imposibilidad de cumplimiento de la restante, atribuible a culpa del deudor, éste deberá reparar los daños y perjuicios causados al acreedor, tomando como referencia a la prestación que resultó imposible por su culpa, no considerándose a aquélla que se perdió por caso fortuito o de fuerza mayor.

Estimamos correcta la posición que hace recaer la responsabilidad en el deudor, ya que fue precisamente él, por su actuar culposo, quien eliminó la alternatividad que, como hemos visto oportunamente, para cierta corriente de opinión representa una garantía a favor del acreedor de la obligación.

Asimismo, anota Levenhagen un supuesto adicional no contemplado por nuestro Código Civil. Se trata de la situación en que las dos prestaciones objeto de la obligación alternativa perezcan concomitantemente por culpa del deudor. Este supuesto rompe el esquema que venimos manejando para la solución de estos casos, referido a la prestación subsistente. Así, a decir de Levenhagen, no habrá, por lo tanto, una prestación que haya perecido en segundo lugar, ya que ambas, por culpa del deudor, se habrán tornado imposibles en un mismo instante. Señala Levenhagen que entiende que en esa hipótesis se mantiene el derecho del deudor de hacer la elección sobre el valor de la prestación en que deba basarse la indemnización de daños y perjuicios, no obstante que la imposibilidad de ambas se haya producido por culpa suya. Sobre este particular, podemos señalar que el tema es pericial, de expertos, quienes, ante un evento determinado de concomitancia, tendrían que pronunciarse sobre dónde empezó a originarse el daño, cuál prestación era más sólida o resistible a la pérdida, etcétera.

Por último, Levenhagen[583] plantea una situación adicional: la imposibilidad de ambas prestaciones, por haber perecido una por culpa del deudor y la otra por culpa del acreedor; supuestos en los cuales la solución se diversificaría de la siguiente manera: si la primera prestación hubiese devenido en imposible por culpa del deudor, éste quedará liberado, porque la prestación de la obligación se transfiere para la segunda; y como ésta se torna imposible por culpa del acreedor, la obligación debería considerarse resuelta; en cambio, si la primera prestación hubiese devenido en imposible por culpa del acreedor, el deudor debería pagar el

582 LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 46.
583 *Ibidem*, p. 47.

precio de la prestación que devino en imposible en segundo lugar, posición esta última que en nuestra opinión es objetable.

Por otra parte, podría cuestionarse el hecho de que se señale que dicha indemnización está referida a la última prestación en hacerse imposible y no a la más valiosa o de mayor valor; a lo que podría contestarse que esta propuesta sería poco coherente con la alternatividad de las prestaciones, supuesto base del artículo 1165 del Código nacional, pues si el deudor no ha elegido todavía (estando dentro del plazo para hacerlo) la prestación a ejecutar, en realidad no ha habido individualización de ésta, razón por la cual todavía no se sabe cuál es la prestación cuyo cumplimiento podrá exigir el acreedor.

Adicionalmente, sería ilógico tratar de referir el monto de la indemnización a la prestación de mayor valor, ya que no necesariamente estaremos ante prestaciones de la misma naturaleza, pues podrían ser de dar, de hacer y de no hacer, por lo que resultaría difícil valorizar y apreciar económicamente la importancia de cada una de ellas para decidir cuál es la de mayor valor.

Debe entenderse, además, que cuando el Código trata en los artículos 1165 y 1166 sobre estos temas, lo hace, fundamentalmente, refiriéndose a quién (si el acreedor o el deudor) debe sufrir el riesgo por la imposibilidad de la ejecución futura de la contraprestación.

En buena cuenta, podríamos decir que el Código rige para determinar quién asume el riesgo de pérdida de la contraprestación o contraprestaciones alternativas.

Sin embargo, resultaría imposible aplicar a estos supuestos las normas contenidas en los seis incisos del artículo 1138, ya que éstos están referidos al riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, mientras que los preceptos de los artículos 1165 y 1166 se vinculan al riesgo de imposibilidad de las prestaciones, término de mayor amplitud que el concepto de pérdida del bien, pues este último sería de aplicación a las obligaciones con prestaciones de dar, y al «dar» en aquellas obligaciones de hacer que concluyen en un dar; mas no a las de no hacer ni a las de un «hacer» propiamente dicho (y que no concluyan en un dar). Además, la teoría del riesgo a la que aludimos se aplica a la hipótesis de que exista tan sólo una prestación de dar, caso distinto al de las obligaciones alternativas, que se constituyen al menos con dos prestaciones, que pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

De otro lado, cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez y todas las prestaciones resultan imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale. Es la solución del inciso primero del artículo 1166 del Código Civil. Fundamentalmente, el no haberse adoptado similar solución para el supuesto de elección por el acreedor que aquella prevista por el artículo 1165, inciso primero, respecto de la elección por el deudor, se basa en que ambos supuestos son totalmente distintos.

ESTUDIO MENESES CASTILLO ERREYES

Cuando deba elegir el acreedor y todas las prestaciones devienen en imposibles por culpa del deudor, si bien la elección por aquél ya no se podrá realizar, no será menos cierto que el acreedor sí está en aptitud de fijar la indemnización con relación a la prestación imposible que señale, vale decir, en razón de la prestación imposible que se entienda hubiese elegido, de haber podido hacerlo.

En lo que respecta a la imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del deudor, encontramos para cada uno de los supuestos al artículo 1165, inciso segundo, y al artículo 1166, inciso segundo. Para el primero de ellos, si algunas prestaciones son imposibles y el deudor es quien debe realizar la elección, será éste quien escoja entre las subsistentes. Cabe expresar que, no obstante que el inciso segundo del artículo 1165 no señala por qué causas devienen en imposibles estas prestaciones, debe entenderse que es indiferente que ello obedezca a causas imputables al deudor o a ausencia de culpa, ya que en ambos supuestos la solución necesariamente es la misma.

En cambio, el inciso segundo del artículo 1166 se ubica en el supuesto de que algunas prestaciones sean imposibles por causas imputables al deudor, caso en el cual el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes (ya que podría ocurrir que precisamente alguna de las subsistentes sea aquella sobre la cual tenía interés preferente el acreedor); disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez escoja; o declarar resuelta la obligación (en el supuesto en el cual ninguna de las prestaciones subsistentes sea de interés del acreedor). El deudor debe devolver en este último caso la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referida a la prestación imposible que el acreedor señale. En opinión de Alfredo Colmo[584], las razones del precepto son obvias, ya que el deudor no puede por su hecho imputable desnaturalizar la obligación alternativa y convertirla en pura o de prestación cierta, pues con ello quitaría al acreedor todo un derecho: el de la elección de la prestación. Agrega Colmo que por eso puede éste pedir el valor de la que se ha perdido, o el de cualquiera de ellas cuando las dos se han perdido.

El inciso tercero del artículo 1166 prescribe que, si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes. Resulta evidente que el referido inciso es adecuado, pues resultaría injustamente oneroso para el deudor si se estableciese que, de ocurrir la imposibilidad de algunas prestaciones alternativas por ausencia de culpa, el acreedor tuviese la facultad de resolver el contrato.

Cabe mencionar que aunque el Código Civil señala en los artículos 1165, inciso segundo, y 1166, incisos segundo y tercero: «Si algunas prestaciones son imposibles [...]», refiriéndose a las prestaciones que se convierten en imposibles con posterioridad a la celebración del contrato, ello no significa que las aludidas

584 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 267.

normas no sean de aplicación cuando la imposibilidad se refiriese a una sola de dos prestaciones, habida cuenta de que es supuesto frecuente que las obligaciones con prestaciones alternativas sólo consten de dos prestaciones.

Por último, el Código Civil establece en sus artículos 1165, inciso tercero, y 1166, inciso cuarto, que, si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

Sin embargo, el Código no ha considerado necesario mencionar, por estimar evidentes sus soluciones, algunos supuestos en extremo importantes, ya sea cuando la elección debe realizarla el deudor, el acreedor, un tercero o el juez.

- En primer lugar, se trata del caso en que todas las prestaciones resulten imposibles por culpa del acreedor, supuesto en el cual, ya sea que la elección la hubiese tenido que hacer el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, deberá extinguirse la obligación del deudor y el acreedor estará obligado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados por su actuar culposo o doloso.
- Si alguna de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió aquella prestación que resultó imposible por su culpa y que el deudor cumplió con la ejecución de ésta.
- Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió la primera que resultó imposible por su culpa, y que el deudor ejecutó dicha prestación; y sobre la(s) restante(s) que devinieron en imposibles con posterioridad, el acreedor deberá resarcir al deudor los daños y perjuicios ocasionados.
- Si alguna de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, el deudor tendría la facultad o de imputar su elección a la prestación que devino en imposible o de solicitar una indemnización de daños y perjuicios al acreedor por dicha prestación y ejecutar la otra subsistente.
- Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, éste tendría la facultad de imputar su elección a una de las prestaciones devenidas en imposibles y solicitar una indemnización de daños y perjuicios por las otras prestaciones imposibles; o solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la totalidad de prestaciones imposibles y ejecutar cualquiera de las subsistentes.

Antes de concluir estos comentarios, debemos afirmar que en nuestra opinión no podría cuestionarse que en los artículos 1165 y 1166 del Código Civil peruano de 1984 no se hayan tratado todas las hipótesis posibles en materia de imposibilidad de una o más prestaciones que constituyan objeto de una obligación alternativa.

BIBLIOTECA CENTRAL FCJP-UNMSM

No creemos que exista omisión alguna, pues luego de analizar los supuestos previstos por el Código Civil en los preceptos citados, además de las hipótesis planteadas por nosotros, y de aquellas que hemos recogido de la doctrina consultada, llegamos a la conclusión de que podrían ser numerosísimos, razón que avala la técnica legislativa del Código peruano, de haber contemplado sólo los casos fundamentales relativos al tema. No está demás decir que, sobre la base de las reglas previstas por el Código, podríamos, ayudados por la lógica y la aplicación de evidentes principios jurídicos, resolver en justicia cualquier caso que se planteara.

Creemos, por último, que serían aplicables a este tema las palabras que hace siglo y medio pronunció Marcadé[585] con relación a la técnica del Código Civil francés: «El cuidado con que el legislador previó todos los casos posibles en nuestros dos artículos y en el siguiente, prueba con acierto que quiso presentar aquí una teoría completa que abraza todas las hipótesis, y que sin embargo, si distinguió sólo la culpa y la ausencia de la culpa, es porque comprendió esta única palabra, y la culpa propiamente dicha y el simple hecho. Tanto menos nos debemos sorprender cuanto que este amplio sentido de la palabra culpa es evidente y reconocido por todos en el artículo siguiente».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

585 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 487.

Supuesto en el cual la obligación alternativa se convierte en una de objeto simple

Artículo 1167.- La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

1. Fuentes nacionales del artículo 1167

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 23, Título XI, Partida Quinta: «*Si un ome prometiesse a otro, diziendo assi: Prometo que vos de tal cosa, o tal; ca en su escogencia es, de darle qual quisiere dellas, mientras que fueren biuas. Mas si muriesse la una, estonce tenudo seria, de darle la que fincasse biua*».

El artículo 1167 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

En cambio, el tema sí fue regulado por el artículo 786 Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836: «La obligación es pura y simple, aunque se haya contraído de una manera alternativa, si una de las cosas prometidas no puede ser materia de la obligación».

El Código Civil de 1852 no abordó la materia.

Sí lo hizo el Proyecto de Código Civil de 1890 (artículo 1510): «La obligación alternativa se convierte en simple, cuando perece, o no puede ser entregada alguna de las cosas que son objeto de ella, aunque uno u otro de estos hechos se realicen por culpa del deudor.— En este caso no se puede obligar al acreedor a que reciba en lugar de la cosa debida el precio que ésta tenga»; y también el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 150: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 141: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1185: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1195: «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable».

USO EXCLUSIVO MARIO CASTILLO FREYRE

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató sobre el particular en el artículo 40: «La obligación alternativa se considera simple, si una de las dos prestaciones no podía constituir objeto de obligación o si ésta fuera nula respecto de una de las prestaciones»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 45: «La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, fueran nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 en el artículo 1187: «La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, fueran nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1135: «La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes».

2. Análisis

La norma del artículo 1167 del Código Civil peruano, que establece cuándo una obligación alternativa se considera simple, es una consecuencia lógica del hecho de que en una obligación alternativa todas las prestaciones, salvo una, resulten nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. Éste es el supuesto de lo que la doctrina conoce como la «concentración anormal de la prestación». Esta denominación se adopta por contraposición con la «concentración normal de la prestación», supuesto que se presenta cuando se realiza una elección (por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez).

La concentración de la prestación resulta «anormal» en el caso del artículo 1167, porque ella se deriva de causas distintas de la elección (supuesto normal y usual), pues se da porque las prestaciones (todas menos una) son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. En este caso no se plantea ninguna alternativa, en el sentido de que el deudor o el acreedor pudieran escoger entre el cumplimiento de la única prestación posible de ejecutar o la resolución del contrato, puesto que dicha situación podría perjudicar, en todo caso, a alguna de las partes (en especial al deudor), quien no habría actuado culposamente, pues la nulidad o imposibilidad de las demás prestaciones obedece a causas no imputables.

Es lógico, entonces, que si estamos frente a una obligación de objeto múltiple (de dos o más prestaciones), al devenir dicha obligación en una de objeto simple (al dejar de ser posible la ejecución de las prestaciones restantes o ser nulas), ésta se rija por las reglas de las obligaciones de objeto simple, vale decir, según su naturaleza, de dar, de hacer o de no hacer. En tal sentido, Baudry-Lacantinerie[586]

586 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, p. 119.

precisa que la obligación es pura y simple, aunque contraída de manera alternativa, si una de las dos cosas prometidas no pudiera ser el objeto de la obligación.

Dice Manuel Albaladejo[587] que a partir de la concentración la obligación se convierte en normal y deja de ser alternativa, razón por la cual toda especialidad de ésta se da sólo desde el nacimiento hasta la concentración, rigiendo desde este momento en adelante las reglas generales.

Como señalamos oportunamente, Albaladejo también expresa que el supuesto de imposibilidad de las prestaciones ocurrido de manera sobreviniente al nacimiento de la obligación alternativa es una forma de concentración distinta a aquella normal constituida por la elección de la prestación a ejecutar. Así, cuando la obligación alternativa nace (con las prestaciones que pudiesen ser objeto de ella, por reunir los requisitos debidos), puede ocurrir que la facultad de elegir se reduzca o desaparezca, si alguna de tales prestaciones, o todas menos una, devienen imposibles; al igual que puede ocurrir que todas devengan imposibles, caso en el cual la obligación se extingue si no hay culpa del deudor. En el caso anterior, si tampoco hay culpa, resultará concentrada en la única que queda.

No está de más señalar que el profesor Ospina Fernández[588] prefiere hablar en estos casos de la «transformación» de la obligación alternativa en obligación simple.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FARRERA

587 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 38 y ss.

588 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 288.

Obligaciones facultativas

Artículo 1168.- La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.

1. Fuentes nacionales del artículo 1168

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 tema es regulado en el Perú por vez primera en el Proyecto de Código Civil de 1890, en los artículos 1513: «Se llama facultativa la obligación cuando, sin embargo de tener por objeto una sola prestación, goza el obligado de la facultad de sustituir esa prestación con otra expresamente designada.— La prestación obligatoria se denomina principal y la facultativa, accesoria»; 1514: «La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que es objeto de ella»; y 1517: «En la obligación facultativa el acreedor sólo puede exigir la prestación principal».

Posteriormente, trata la materia el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en un artículo del texto siguiente: «La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hizo en el artículo 144: «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, lo hizo en el artículo 1188: «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1198: «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema es abordado por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, en su artículo 41: «El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal».

Posteriormente, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trata sobre el particular en el artículo 46:

EDITORIAL GRIJLEY

«El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hace en el artículo 1188: «El acreedor de una obligación facultativa, al elegir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hizo en su artículo 1136: «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella».

2. Análisis

La obligación facultativa se considera una obligación con objeto plural, pero difiere sustancialmente de la obligación alternativa. Mientras en esta última existen dos o más prestaciones *in obligatione*, en la obligación facultativa solamente existe una, en tanto que la otra prestación se encuentra *in facultate solutionis*, lo que equivale a decir que el deudor sólo debe una prestación, pero que puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta.

Conviene efectuar, sin embargo, algunas precisiones.

En primer lugar, debe quedar en claro que, si bien sólo una prestación se encuentra *in obligatione*, eso no quiere decir que la otra prestación (aquella que se encuentra en facultad de solución) no haya formado parte del pacto o contrato, o no esté establecida como tal en virtud de la otra gran fuente de las obligaciones, esto es, por la ley.

De otro lado, debemos señalar que, en el caso de las obligaciones facultativas, y no obstante que ello no ha sido recogido expresamente por nuestro ordenamiento legal, si bien debe existir sólo una prestación *in obligatione*, podrá existir no sólo una (sino más de una) en facultad de solución; y de este modo el deudor podría liberarse no sólo pagando con la prestación que se encuentra *in obligatione,* sino con cualquiera de las otras dos (o más de dos prestaciones). En tal sentido, consideramos que no habría límite para pactar (o establecerse legalmente) un número de prestaciones en facultad de solución.

En las obligaciones facultativas, a la prestación que se encuentra en obligación se la denomina prestación principal y a la prestación que se encuentra en facultad de solución se la denomina prestación accesoria.

No resulta frecuente encontrar en la práctica jurídica supuestos de obligaciones facultativas, contractualmente instituidas. Sin embargo, es relativamente usual advertir la existencia de obligaciones facultativas, pero en las cuales la facultad está determinada, no en virtud de la voluntad de los contratantes, sino por la ley.

Es el caso del artículo 1237 del Código Civil, el cual establece que, salvo pacto en contrario, de haberse pactado una obligación dineraria en moneda extranjera

FONDO EDITORIAL THEMIS

(prestación principal), el deudor tendrá la facultad de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional (prestación accesoria), al tipo de cambio de venta que rija en el día del vencimiento de la obligación o, si se retrasa en el pago, a este último tipo de cambio o al vigente el día del pago, a elección del acreedor.

No obstante lo señalado respecto de la poca frecuencia de obligaciones facultativas en el ámbito contractual, resulta interesante advertir que la presencia de este tipo de obligaciones se da con mayor asiduidad en el caso de los testamentos, en los que, según afirma Giorgi[589], es necesario, como requisito esencial, que el testador haya querido que sea una sola la cosa debida, aunque haya concedido por gracia al deudor la facultad de pagar otra distinta.

La jurisprudencia nacional[590] ha señalado que «Existen diversas situaciones en las que el objeto del pago difiere del objeto de la obligación, como es el caso, por ejemplo, de las obligaciones facultativas previstas en el artículo 1168 del Código Civil, en las que se puede sustituir el objeto del pago, así como otras derivadas de la autonomía contractual».

Ahora bien, en torno al numeral 1168 del Código Civil, primer artículo relativo a las obligaciones facultativas, debemos reparar en el significado de la expresión «se determina únicamente por la prestación principal», que emplea la norma.

Dicha expresión parecería indicar que la obligación facultativa es una con objeto simple (no plural), que es precisamente una de las teorías previstas por la doctrina para esta clase de obligaciones. Sin embargo, al elaborarse el Código Civil de 1984 se siguió la regla que tiene su inspiración directa en el artículo 1198 del Código Civil de 1936, según el cual «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella», y también en el artículo 644 del Código Civil argentino, cuando prescribe que «La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella».

Manuel Augusto Olaechea, autor del Libro de Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1936, era partidario, a diferencia de nosotros, de considerar a la obligación facultativa como una obligación simple. Ello lo podemos advertir de la lectura de sus comentarios al Primer Anteproyecto de Libro V.

Olaechea[591] reseñaba en dichos comentarios los siguientes conceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas:

589 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, p. 458.

590 Casación n.° 1689-97-Callao. En Gaceta Jurídica. *El Código Civil en su jurisprudencia. Op. cit.*, p. 404.

591 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo quinto, pp. 124-127.

El Anteproyecto legisla en un mismo Título sobre las obligaciones alternativas y facultativas.

La obligación alternativa es compuesta y la facultativa, simple.

En la obligación alternativa las diversas prestaciones que comprende se deben *in obligatione.*

La obligación facultativa concede simplemente al deudor la opción de liberarse ejecutando otra prestación que no es la que en realidad debe: una sola prestación está desde el principio *in obligatione*, y la otra representa apenas una manera de pagar que se concede al deudor y que está, por lo tanto, sólo *in facultate solutionis.*

Según esto en la obligación facultativa no se debe sino una prestación; la otra u otras están solamente *in facultate solutionis*: de ahí la denominación de facultativas que se da a esta clase de obligaciones, a partir de Delvincourt, según enseñan Baudry-Lacantinerie y Barde.

Según puede observarse, se tocan y a veces se confunden las obligaciones alternativas y facultativas, y por eso es de necesidad diferenciarlas. Tal vez por esas confusiones y por creer que la obligación facultativa en el fondo es idéntica a la alternativa, ni el Código francés ni el español se ocupan de ellas, a diferencia de los textos romanos, que eran muy prolijos.

Por su parte, Marcadé[592] explica que la obligación facultativa es la que tiene un solo objeto, siendo aquella en la que se permite al deudor liberarse con otro bien. Así —dice Marcadé—, cuando acordamos que usted entregará un caballo inglés a menos que a pesar de ello prefiera pagarme seis mil francos, la obligación es simple en su objeto, pues éste es únicamente el caballo; pero usted tiene la facultad de liberarse de esta obligación sin cumplirla directamente pagándome la cantidad de dinero, sin que esta cantidad constituya un segundo objeto de la obligación, sino que está simplemente *in facultate solutionis.*

Comparten esta posición Enneccerus, Kipp y Wolff[593], cuando señalan que en este género de obligaciones no se debe una u otra prestación, sino sencillamente sólo una, pero el deudor tiene derecho a liberarse mediante otra prestación, o sea, el derecho a hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad de asentimiento del acreedor.

En la tesis de Olaechea también se inscribe la de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[594], cuando manifiestan que, en la obligación facultativa, a

592 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 489.

593 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 115.

594 Weill, Alex y François Terré. *Droit Civil. Les Obligations*. 4.ª edición. París: Précis Dalloz, 1986, pp. 919 y 920.

diferencia de la obligación alternativa, se debe un solo objeto; el otro corresponde solamente a una facilidad de pago.

Si bien no existe unanimidad en la doctrina, nosotros consideramos la obligación facultativa como una de objeto plural, ya que el deudor se ha comprometido con su acreedor a la ejecución de por lo menos dos prestaciones, de las cuales una sola de ellas es principal y la otra u otras son accesorias. Debemos recordar que la idea de considerar a la obligación facultativa como una de objeto plural, está implícita en el Código Civil peruano y en otros códigos, al regular a esta clase de obligaciones dentro del mismo título que las obligaciones alternativas. Más aún, en toda obra de Derecho de Obligaciones se trata a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas en un mismo título, es decir, como aquellas con pluralidad de objeto.

Así, pues, cabe formularse la interrogante en el sentido de ¿bajo qué criterio se estudiaría entonces a estas tres clases de obligaciones de manera conjunta?

Consideramos que la respuesta es sencilla, ya que las tres obligaciones mencionadas responden a un criterio clasificatorio de pluralidad de objeto. Diversos autores convienen en la pertinencia de este concepto. Sin embargo, contradictoriamente, resulta frecuente observar que algunos de esos tratadistas, al entrar en el detalle de estos tres tipos de obligaciones, señalan que tanto las conjuntivas como las alternativas son de objeto plural, pero que, sin embargo, las facultativas son de objeto simple o único. Si ello fuera así, no entendemos por qué siguen abordando estas obligaciones en esa zona del Derecho. Serían más coherentes dentro de la óptica mencionada, si las ubicaran inmediatamente después de las obligaciones según su naturaleza (dar, hacer o no hacer), ya que entonces sí estaríamos en presencia de obligaciones de objeto único y no de objeto plural[595].

Por eso, luego de continua reflexión, estimamos impropia, dentro del texto del artículo 1168 del Código Civil peruano de 1984, la frase «se determina únicamente por la prestación principal». Nosotros creemos, y lo reiteramos, que la obligación facultativa es una de objeto plural. Por ello es que ésta no se determina únicamente por la prestación principal, sino por la prestación que se ejecute como objeto de dicha obligación (la principal o la(s) accesoria(s)), pues al fin y al cabo no se conoce con certeza, al momento de su nacimiento, cuál de ellas cumplirá el deudor[596].

595 Ejemplo manifiesto de esta contradicción conceptual lo constituye el planteamiento que efectúan los profesores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynès (Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, p. 536), quienes titulan al mismo «obligaciones de objeto complejo», pero, sin embargo, señalan dentro de ese esquema que las obligaciones facultativas tienen objeto único.

596 Baudry-Lacantinerie (Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, pp. 119 y 120), al establecer las diferencias entre la obligación alternativa y la obligación facultativa, señala, en lo referente a la determinación del carácter de la obligación facultativa con base únicamente en la prestación principal, que dado que a su entender se trata de una obligación de objeto único, la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de la obligación facultativa se determina considerando exclusivamente

Pensemos, por un momento, qué ocurriría si considerásemos a esta obligación como de objeto único, si la prestación principal fuese divisible y la accesoria indivisible, o viceversa; o lo que sucedería si una de ellas fuese mancomunada y la otra solidaria.

Creemos que lo lógico en estos casos sería que el carácter de divisible, indivisible, mancomunado o solidario se considere únicamente respecto a la prestación que se ejecute, salvo en caso de incumplimiento, en que el acreedor sólo podría exigir la prestación principal. Esto, porque no necesariamente ambas prestaciones (la principal y la accesoria) tendrán las mismas características jurídicas. Por todo ello, la obligación facultativa no se determina únicamente por la prestación principal, sino que tal determinación, entendida como una de sus características, deberá efectuarse de acuerdo a la prestación que se ejecute (la principal o la accesoria).

Consideramos, en consecuencia, que el artículo 1168 es prescindible.

Un tema que en reiteradas ocasiones suscita polémica en lo referente a las obligaciones facultativas es el relativo a cuál de las partes es la que tiene el derecho de sustituir el pago de la prestación principal por la prestación accesoria. Es criterio casi unánime de la legislación comparada otorgar esta facultad de sustitución únicamente al deudor de la obligación. No obstante ello, el Código Civil argentino de 1871 consagró un criterio que, a decir de Lafaille, era inconcebible, porque destruía, en efecto, la esencia de la obligación facultativa cuando permitía al acreedor elegir una prestación que la parte no tomó a su cargo y que se reservó utilizar a voluntad como medio para extinguir el crédito. Lafaille considera que más allá de la incongruencia manifiesta de este precepto, que afecta sobre todo a la técnica jurídica, no sería justo crear una pena civil, aun con referencia al culpable, dado que el damnificado quedaría totalmente cubierto mediante la indemnización de daños y perjuicios.

---

la cosa que está *in obligatione*, sin darse la que está *in facultate solutionis*; agrega el citado autor que, por el contrario, la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de una obligación alternativa se determina conforme a la cosa pagada.

Por su parte, Giorgi (Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, p. 459) también expresa, dentro de las consecuencias jurídicas de la obligación facultativa, que para conocer el carácter de una obligación de este tipo «[...] se ha mirado sólo a la cosa que forma su objeto, y para nada se tiene en cuenta la naturaleza de la que está puramente *in facultate solutionis*».

A entender de Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 123), no nos hallamos frente a una obligación múltiple, sino en el caso de una sola deuda principal, a la cual adhiere otra accesoria, de suerte que rigen los preceptos de las obligaciones simples, razón por la cual sólo se debe la primera prestación, por más que el deudor pueda liberarse satisfaciendo la segunda, en que de antemano se determina una manera de extinguir la obligación.

Ospina Fernández (Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 289) establece que en la obligación facultativa sólo hay un objeto debido, sin perjuicio de que aquélla puede extinguirse mediante el pago de otro o de otros, concluyendo que no hay más obligaciones de objeto plural que las alternativas.

LEDIO MARCIAL TAPIA

No obstante lo indicado anteriormente, Enneccerus, Kipp y Wolff[597] señalan que también puede darse la facultad alternativa a favor del acreedor en virtud de la cual pueda, en lugar de la prestación que provisionalmente se debe de modo exclusivo, exigir otra.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta posición, no por el hecho de que la tesis en sí misma sea contradictoria o injusta —ya que nada tiene de esto—, sino porque algunos autores, en el afán de otorgar una mayor elasticidad al concepto de la obligación facultativa, plantean una serie de cambios que llegan a alterar su propia naturaleza. De pronto no nos agrada el carácter de la obligación facultativa, pero no por ello podemos tomarnos la licencia de variar su naturaleza. Es claro que la obligación alternativa ofrece una mayor amplitud de posibilidades de interpretación, a la vez que puede constituir una obligación más acorde con la razón y la equidad de las partes al obligarse en comparación con la obligación facultativa, pero no por ello vamos a introducir tantas modificaciones en las características de la obligación facultativa para acercarla a la alternativa. Si no nos convence el sistema tradicional e histórico de la obligación facultativa, utilicemos la figura de la obligación alternativa. Consideramos que ésta sería la solución más viable, razonable y menos controvertida[598].

Por lo demás, nada impide que los contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten la relación obligatoria en los términos que ellos decidan, pues no nos encontramos ante supuestos imperativos o que conciernan al orden público o a las buenas costumbres. Pero en estos casos no estaríamos ante una obligación facultativa, sino frente a una relación obligacional innominada, atípica, cuyas soluciones tendríamos que encontrarlas en la aplicación analógica de los preceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas o en los principios generales del Derecho.

Giorgi[599] plantea el tema de saber si el deudor pierde la facultad de sustituir la prestación principal cuando se hace moroso. Recuerda que en los textos romanos la duda se decidía en sentido afirmativo en materia de estipulación. Señala, además, que la Corte de Casación francesa adoptó este principio respecto a una obligación adquirida por una compradora de bienes procedentes del patrimonio eclesiástico, precisando que se decidió que, si bien la ley del 15 de agosto de 1865 concedió a los compradores la facultad de pagar el precio en títulos del patrimonio eclesiástico, así como en dinero, esta facultad se perdía por el adquirente

597 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op cit.*, tomo II, volumen I, p. 116.

598 Una muestra de lo tentador que resulta plantear la modificación de la naturaleza y efectos de la obligación facultativa la constituye las palabras de Guillermo Boza Pro (Boza Pro, Guillermo. «Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil de 1984». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 6. Lima, 1987, pp. 69 y ss.), cuando analiza la facultad de sustitución en las obligaciones de esa clase.

599 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, pp. 459 y 460.

cuando incurría en la mora judicial. Convenimos con Giorgi en la veracidad de este principio, pero consideramos que será necesario entrar a menudo en la investigación interpretativa para conocer si ésta ha sido verdaderamente la voluntad de las partes o el sentido de la disposición.

Adicionalmente, debemos señalar que en el análisis de las obligaciones facultativas los diversos autores han ensayado denominaciones diferentes para designar a esta clase de obligaciones. Una de ellas es la planteada por el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino del año 1936, que, aunque en su articulado sigue la corriente tradicional, designa a esta figura con el nombre de «obligaciones de pago facultativo». A entender de Héctor Lafaille[600], la denominación actual de esta clase de obligaciones podría entenderse como un contrasentido, siendo susceptible de significar que se trata de una obligación semejante a las naturales, que puede ser cumplida o no, es decir, que lo facultativo estaría referido a la obligatoriedad del pago, dando lo mismo que el deudor pueda o no ejecutar la prestación. De este modo, Lafaille señala que la nueva denominación se ajusta al verdadero concepto de esta obligación. Enneccerus, Kipp y Wolff[601], por su parte, ensayan algunas denominaciones adicionales para la obligación facultativa. Así, también la llaman «obligación de facultad alternativa», «obligación de facultad de solución», «obligación de facultad de sustitución» y «obligación de derecho de apartar».

Por nuestra parte, no nos inclinamos por variar la denominación de instituciones cuyo significado se infiere claramente de la terminología que viene siendo empleada, la que, a pesar de poder ser acusada de inexacta, es asumida en general por la comunidad jurídica. Adicionalmente debemos precisar que todos los temores relativos a la actual denominación de las obligaciones facultativas son absolutamente infundados. No es cierto —ningún autor lo ha interpretado así y nos resistimos a creer que alguien lo haga— que se interprete que la expresión «facultativa» pudiera llevar a creer que la obligación facultativa es una obligación semejante a la natural. La obligación facultativa es, y ha sido siempre, una categoría de las obligaciones civiles, las que por su naturaleza son de cumplimiento obligatorio y exigibles judicialmente. Pensar que la obligación facultativa pueda generar ese tipo de dudas sólo sería posible si nos encontrásemos entre personas neófitas en Derecho, pero no entre abogados.

Por último, precisamos que no debe confundirse a las obligaciones facultativas con las obligaciones con cláusula penal. Así, entre las diferencias existentes entre unas y otras podríamos mencionar a las siguientes:

a. En la obligación facultativa el deudor tiene el derecho de sustituir la prestación principal por la accesoria, por la prestación estipulada *in*

600 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 122.

601 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op cit.*, tomo II, volumen I, p. 115.

facultate solutionis. En la obligación con cláusula penal el deudor no tiene este derecho.

b. En la obligación facultativa el acreedor sólo puede demandar la prestación principal; nunca puede exigir al deudor el cumplimiento de la prestación accesoria. En la obligación con cláusula penal sucede lo contrario. El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la ejecución de la cláusula penal.

Finalmente, queremos citar una ejecutoria suprema[602] que señala que «Según el principio de identidad del pago se requiere que exista identidad cualitativa entre el objeto del pago y el objeto de la obligación. Sin embargo, tal principio no es absoluto, ya que existen diversas situaciones en las que el objeto del pago difiere del objeto de la obligación, como es el caso, por ejemplo, de las obligaciones facultativas». *Muy discutible la afirmación, por cierto*[603].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

602 Casación n.° 1762-99-Callao. En diario oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 1999, p. 1754.

603 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Extinción de la obligación facultativa

Artículo 1169.- La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir.

1. Fuentes nacionales del artículo 1169

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 regulaba el tema en sus artículos 1515: «La obligación facultativa es nula por vicio inherente a la prestación principal, aunque la accesoria no tenga ningún vicio»; 1518: «La obligación facultativa se extingue, cuando la cosa, objeto de la obligación principal, o perece sin culpa del deudor, antes que éste haya incurrido en mora, o cuando llega a ser imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación subsista, y sea posible entregarlo»; y 1519: «Si ha perecido o llegado a ser imposible, por culpa del deudor, el objeto de la prestación principal, puede pedir el acreedor el precio de la cosa que ha perecido, y exigir indemnización de daños y perjuicios».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trata sobre el particular, así como tampoco lo hacen el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, el Código Civil de 1936, ni la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

El tema es tratado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, preparado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 47: «La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir»; y posteriormente por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en su artículo 1189: «La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir»; y por el artículo 1137 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984: «La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir».

FONDO EDITORIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO UNMSM

2. Análisis

Como hemos expresado, la prestación *in obligatione* es la principal, mientras que la prestación o las prestaciones en facultad de solución son las accesorias.

En tal sentido, la regla del artículo 1169 es de plena lógica, al prever que la prestación accesoria (hemos señalado que puede tratarse de varias prestaciones) sigue la suerte de la principal. Por eso, si la prestación principal resultase nula o de imposible ejecución, ello determinaría la extinción de la obligación facultativa, independientemente de si la prestación accesoria continúa siendo susceptible de cumplirse.

Consideramos preciso indicar que es indiferente la causa por la cual pueda resultar nula o imposible la prestación principal, para que rija el artículo 1169 del Código Civil peruano.

Si la prestación principal deviniese imposible de cumplirse por culpa del acreedor, la obligación se extinguiría y el acreedor tendría el deber de sufragar los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al deudor.

Si la prestación principal resultase imposible sin culpa de las partes, la obligación se extinguiría, sin tener derecho el deudor a reclamar contraprestación alguna si la hubiere.

Por su parte, León Barandiarán[604] señala que «Si la prestación de primer grado, la única *in obligatione*, resulta imposible por culpa del deudor, el acreedor no podrá exigir la prestación de segundo grado, la dada en facultad de pago precisamente por este último carácter, por tratarse sólo de una opción para el pago, exclusivamente de parte del deudor. (Con ello queda dicho que no puede prosperar el criterio que propugnase que la elección puede pertenecer a un acreedor, y ni siquiera a un tercero: es un privilegio exclusivo del deudor). Es así criticable la decisión del artículo 648 del Código argentino, que permite al acreedor demandar ya el precio de la cosa perecida, ya la prestación accesoria».

Ahora bien, el supuesto que resulta de mayor interés es aquel según el cual la prestación principal deviniese en imposible por culpa del deudor. Podría pensarse que en este caso sería justo que el deudor cumpliese ejecutando la accesoria. Pero tal situación no podría presentarse, ya que al resultar imposible la prestación principal se ha extinguido la obligación. En este caso, no se podría ejecutar la obligación, lo que traería como consecuencia que el acreedor no ejecutara su contraprestación —si la hubiere— y que el deudor pudiera ser compelido por el acreedor para el pago de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Consideramos que la solución anotada en el párrafo anterior guarda estrecha relación con la naturaleza de las obligaciones facultativas. De admitir la solución

604 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 91.

contraria (aquélla en que el deudor podría cumplir ejecutando la prestación accesoria), estaríamos disipando parte importante de la ya, de por sí, tenue línea que distingue a las obligaciones facultativas de las obligaciones alternativas.

Sin embargo, a pesar de ser la anotada la solución técnicamente correcta, dudamos de que sea la que revista mayor justicia. Empero, no podemos olvidar que estamos frente a una obligación facultativa y no ante una alternativa.

Concuerda con el principio previsto por el artículo 1169 del Código Civil peruano la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica. Sólo por citar algunos ejemplos, mencionaremos que Eduardo B. Busso[605] señala que este principio, incluso, rige aun cuando la prestación accesoria (es decir, aquélla que está *in facultate solutionis*) esté exenta de cualquier vicio. A decir de Alfredo Colmo[606], la prestación accesoria no influye sobre la principal ni aun cuando se anula.

Estimamos conveniente precisar en este punto que, en lo referente al riesgo de pérdida de la prestación principal, o, dicho de otro modo, en lo relativo a la imposibilidad de ejecutar la prestación principal, pensamos que resultarían de aplicación, *mutatis mutandis*, los principios que el Código Civil peruano establece como teoría del riesgo para las obligaciones de dar bienes ciertos en su artículo 1138. Creemos que estos principios resultan más acordes a la naturaleza de la obligación facultativa que aquellos otros recogidos en los artículos 1165 y 1166, que se refieren a las obligaciones alternativas, ya que en estos últimos nos encontramos por lo menos con dos prestaciones principales, por lo que se incorporan a esta materia diversas posibilidades en relación con el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones que no hayan devenido en imposibles. Consideramos que sostener lo contrario, si bien podría considerarse lógicamente correcto, destruiría el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además de desnaturalizar la obligación facultativa[607].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

605 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 445 y 446.

606 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 255.

607 Hace varias décadas, Juan Rivadeneyra Sánchez y José Álvaro Quiroga León realizaron un interesante estudio sobre este punto, relativo a la posibilidad de cumplimiento de la obligación facultativa con la prestación accesoria si la principal hubiese devenido en imposible por culpa del deudor (Rivadeneyra Sánchez, Juan y José Álvaro Quiroga León. «Las obligaciones facultativas». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 5. Lima, 1986, pp. 67 y ss.).

Conversión de obligación facultativa en simple

Artículo 1170.- La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir.

1. Fuentes nacionales del artículo 1170

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 tema es abordado por primera vez en el Perú por el Proyecto de Código Civil de 1890, en sus artículos 1516: «La nulidad de la prestación accesoria, no invalida la obligación facultativa en cuanto a la prestación principal»; y 1520: «Subsiste la obligación facultativa respecto a la prestación principal, aun cuando se pierda o deteriore la cosa que es objeto de la prestación accesoria, o aunque sea imposible el hecho, o la omisión que constituye esta prestación».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trató sobre el particular, así como tampoco lo hicieron el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, el Código Civil de 1936 ni la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

En cambio, la materia se consigna en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 48: «La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir»; norma que recogieron el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1190: «La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1138: «La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir».

2. Análisis

Si bien lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal, es evidente que no sucede lo mismo con lo principal respecto de lo accesorio.

Aquí sólo debemos precisar, de acuerdo con nuestros planteamientos anteriores, que, si la obligación facultativa está constituida por una prestación principal y una accesoria, y es la prestación accesoria la que resulta imposible de cumplir, la obligación se convertirá en una de objeto simple y se regirá por las reglas de esta

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

última categoría de obligaciones. Pero si la obligación facultativa está constituida por una prestación principal y por dos o más prestaciones accesorias, la obligación sólo llegará a convertirse en simple, en la medida en que resulten de imposible cumplimiento la totalidad de las prestaciones accesorias, pues mientras se pueda ejecutar alguna de ellas, la obligación continuará siendo una facultativa[608].

Raúl Ferrero Costa[609], dentro de esta misma línea de pensamiento, sostiene que en las obligaciones facultativas el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la prestación principal, pero no la accesoria. Como sólo existe una única prestación que el acreedor puede exigir que se cumpla, de ser nula o devenir imposible la prestación accesoria, con la cual facultativamente el deudor podía liberarse, desaparece la facultatividad para el deudor, ya que al no ser posible ninguna otra aparte de la principal, la obligación pierde su condición de facultativa y, como consecuencia, para el deudor la obligación se convierte en simple.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

608 Debemos precisar que el esquema de la obligación facultativa en el Código Civil de 1984 sólo parte por la existencia de una prestación principal y de una accesoria, pero entendemos que nada obstaría a que exista más de una prestación accesoria; y la obligación podría seguir denominándose como facultativa. [Referencia correspondiente a la tercera edición]
Es claro, sin embargo, que cuanto más nos alejemos del esquema contemplado por el Código Civil, podríamos llegar a encontrarnos frente a una obligación, si bien válida, de carácter atípico.

609 Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3.ª edición. Lima: Grijley, 2001, p. 90.

Presunción de obligación facultativa

Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa.

1. Fuentes nacionales del artículo 1171

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

El tema fue abordado por primera vez en nuestro país por el Proyecto de Código Civil de 1890, artículo 1521: «En caso de duda sobre si una obligación es alternativa o facultativa, se entiende que es alternativa»; seguido por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 154: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 145: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, artículo 1169: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa»; y el Código Civil de 1936, artículo 1199: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la materia fue tratada por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, artículo 42: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa»; por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 49: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1191: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1139: «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa».

2. Análisis

El artículo 1171 del Código Civil peruano señala que si hubiese duda en la interpretación de si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá ésta por facultativa.

EDICIONES JURÍDICAS MANUEL AGUILAR ECHECOPAR

La razón de ser de esta norma se fundamenta en que la obligación facultativa, dada la regulación del Código Civil peruano, resulta en algunos extremos más beneficiosa para el deudor que la obligación alternativa; y, por esta razón, a través del artículo 1171 se busca disipar dudas, favoreciéndolo.

El referido principio recoge en su integridad el texto del artículo 1199 del Código Civil de 1936.

En este punto queremos efectuar dos precisiones.

La primera, que para la interpretación de un caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, tal supuesto deberá ser asumido, en todo caso, de subsistir la duda extrema o insoluble, después de haber aplicado al acto materia de análisis las reglas sobre interpretación del acto jurídico contenidas en los artículos 168 a 170 del Código Civil (de tratarse de una obligación generada a través de un negocio jurídico), o, si la obligación surge en virtud de la ley, luego de aplicar los principios interpretativos generales acerca de las normas legales.

A través de estos procesos interpretativos podría llegarse, válidamente, a la conclusión de que se trata de una obligación alternativa y no necesariamente de una obligación facultativa; o, más bien, llegarse también a la conclusión opuesta de que se trata de una obligación facultativa. De obtenerse alguna de esas respuestas, no será de aplicación, evidentemente, lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil, pues no habría duda que despejar, ya que ésta habría sido resuelta.

Es sólo si subsistiese la duda después de haber aplicado dichos principios interpretativos que debemos llegar a la conclusión (en virtud de la aplicación del artículo 1171) de que se trata de una obligación facultativa y no de una alternativa.

A decir de Héctor Lafaille[610], por la similitud de ambas situaciones, como también por las normas defectuosas de ciertos contratos o cláusulas testamentarias, suele ofrecer dificultades el discernir si el vínculo responde al tipo alternativo o facultativo, apreciándose el interés práctico del problema al contemplar el diverso efecto que fluye de estas dos categorías. De este modo —agrega Lafaille—, seguramente debe recomendarse un minucioso análisis del instrumento y de las circunstancias para llegar a soluciones acertadas, pudiendo afirmarse que, si el acreedor sólo tiene derecho a exigir una prestación, no habría dificultad alguna en concluir que estamos en presencia de una obligación facultativa y no de una alternativa.

Por su parte, Palacio Pimentel[611] expresa que, si bien en el campo teórico las diferencias entre una obligación alternativa y una facultativa son claras, no sucede lo mismo en el terreno de los hechos, ya que todo depende de las contingencias y

610 Lafaille, Héctor. *Op cit.*, tomo VI, volumen I, p. 125.

611 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano*. 3.ª edición. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, 1990, tomo I, pp. 236 y 237.

modalidades de cada caso, quedando su apreciación librada al criterio judicial, de conformidad con las pruebas aportadas al efecto. Así —señala Palacio Pimentel—, los jueces deberán considerar la intención real de las partes, antes que la literalidad de los términos. En tal sentido —agrega—, uno de los mejores medios para conocer si la obligación es alternativa o facultativa consiste en investigar si el acreedor debe demandar ya una u otra de las cosas debidas, o si únicamente debe demandar una cosa. De este modo, en el primer caso la obligación será alternativa, mientras que en el segundo será facultativa[612].

Ahora bien, la segunda reflexión está vinculada al arraigado principio —proveniente del Derecho romano— que reza que, en situaciones de duda, como la planteada por el artículo 1171 del Código Civil, debe optarse legalmente por favorecer al deudor y no al acreedor[613].

Raymundo M. Salvat[614], en favor de la posición doctrinaria y legislativa recogida por el Código Civil peruano, señala, dentro del principio favorable al deudor, que las ventajas de la obligación facultativa sobre la alternativa estarían en que en la primera, si la prestación del título se vuelve imposible sin culpa del deudor, la obligación se extingue y el deudor queda liberado, mientras que la liberación en la obligación alternativa exige que la imposibilidad inimputable del cumplimiento ocurra con todas las prestaciones del título.

Esto simplemente a manera de reflexión, ya que el precepto del Código Civil se justifica, sin embargo, porque había que encontrar una salida ante la duda insoluble, vale decir, ante aquélla que subsistiera luego de haber aplicado a la obligación todas las normas y criterios interpretativos (ya sea de los actos jurídicos o de la ley).

Sin embargo, hoy tenemos dudas sobre las bondades de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171, bajo comentario. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá —entre otros conceptos— que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

Ello, porque si fuera clara la situación, no habría duda alguna y la obligación debería haber sido calificada como facultativa.

Pero si existe esa duda insoluble, entonces no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria. Es más, no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos tienen similar jerarquía jurídica (si las dos son principales).

612 José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 92 y 93) expresaba un parecer similar respecto de este punto.

613 En tal sentido, Giorgi es también partidario de favorecer al deudor (Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, pp. 458 y 459).

614 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, p. 518.

Dentro de tal orden de ideas, en la duda insoluble, al aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos encontraríamos en la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria, que es, precisamente, lo que no se pudo hacer antes y lo que motivó —al encontrarnos en un supuesto de duda insoluble— la aplicación del artículo 1171 del Código Civil.

Es preciso mencionar que, como puede deducirse de la legislación comparada, existe una corriente cuyo principal expositor es el Código Civil argentino de 1871, que establece en su artículo 651 que en caso de duda si la obligación es alternativa o facultativa, se le tendrá por alternativa. Como expresa Héctor Lafaille, Dalmacio Vélez Sarsfield, en la nota a este artículo del Código argentino (del que era autor), si bien se extendió en consideraciones acerca de las diferencias existentes entre las obligaciones alternativas y facultativas, no explicó nada sobre el temperamento adoptado, presumiendo Lafaille que Vélez se inclinó hacia lo más frecuente en el comercio jurídico, pues la hipótesis preferida por dicho Código Civil, a entender del mencionado autor, es la que se presenta con mayor facilidad en la práctica.

Por su parte, Raymundo M. Salvat[615] señala que en favor de la solución adoptada por el artículo 651 del Código Civil argentino, se puede agregar que la presunción de libertad es preferible a la obligación, cuando existen dudas sobre si una persona se ha obligado realmente o no; pero si existe duda acerca de que hay una obligación y un deudor, y la duda se refiere a la naturaleza de la obligación contraída, es más jurídica la solución que facilita la extinción de la obligación por cumplimiento, a la que prefiere la extinción de la obligación por imposibilidad, puesto que las obligaciones se contraen para cumplirse, siendo lo normal que lleguen a su término ordinario, es decir, al cumplimiento. Lo anormal y lo extraordinario sería que concluyan sin estar cumplidas, razón por la cual no es lógico suponer lo excepcional.

En nuestro medio, Max Arias-Schreiber Pezet[616] se manifiesta partidario del sistema adoptado por el Código Civil argentino y, por lo tanto, contrario al establecido por el Código Civil peruano. Funda sus argumentos en los términos de los profesores Alterini, Ameal y López Cabana, señalando que el criterio del Código Civil de ese país es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida. Agrega Arias-Schreiber que, a pesar de que el principio adoptado por el Código Civil peruano de 1984 mantiene la misma línea que el Código derogado, no obstante que este precepto no ha generado dificultades prácticas, cree conveniente evaluar la posibilidad de

615 *Ibidem*, pp. 518 y 519.

616 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

modificación del artículo 1171, siguiendo —según él— a la mayoría de los códigos extranjeros.

Por lo expuesto, hoy consideramos que la solución del referido precepto debió ser que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se le tenga por alternativa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

CONSIDERACIONES GENERALES

Debemos recordar que los criterios clasificatorios de obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias responden a la existencia de obligaciones con pluralidad de sujetos, ya sea de deudores, de acreedores o de ambos.

Éstas son para Jorge Joaquín Llambías[617] las obligaciones de sujeto plural, las que corresponden a varios acreedores o pesan sobre varios deudores, con respecto a una sola prestación debida, y en razón de una causa única. Así, continúa el citado tratadista, la pluralidad de sujetos puede ser originaria o sobreviniente; es originaria cuando desde la constitución de la obligación se presentan varios acreedores o varios deudores; y sobreviniente, cuando habiendo comenzado la obligación con un único sujeto, activo o pasivo, pasa a tener un sujeto múltiple, generalmente por incorporarse a la relación obligacional los herederos del originario acreedor o deudor que hubiese fallecido.

Asimismo, Rezzónico[618] sostiene que la distinción existente entre las obligaciones en las que la pluralidad de sujetos activos o pasivos se presenta en forma de disyunción o de conjunción entre los sujetos, puede existir del lado de los deudores, o del lado de los acreedores, o de ambos a la vez. En ese entender, al hablar de la pluralidad conjunta de acreedores o de deudores, señala que ella ocurre si los sujetos activos o pasivos de la obligación aparecen vinculados por la conjunción copulativa «y», o por alguna expresión conceptualmente equivalente. Por ejemplo, si Juan debe pagar mil dólares a Pedro y Diego; si Juan y Pedro deben pagar mil dólares a Diego; si Juan y Pedro deben pagar mil dólares a Diego y Luis.

De tal modo, Rezzónico señala que el principio general que rige esta especie de obligaciones, en que ambos acreedores son al mismo tiempo titulares de un crédito, o distintos deudores son al mismo tiempo responsables por una prestación, es el siguiente: «La distribución se cumple por cuotas iguales, a menos que exista convención o pacto en contrario». En consecuencia, cada acreedor puede exigir y cada deudor debe satisfacer una cuota igual o proporcional de la prestación debida, a prorrata o en partes viriles, siempre que lo permita la naturaleza de la relación.

617 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, pp. 369 y 370.

618 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, p. 583.

Añade Rezzónico que las excepciones a dicho principio general se traducen en el apotegma romano *concursu partes fiunt*. Éstas pueden resultar de la naturaleza de la prestación debida (que es el caso de la indivisibilidad), o de la intención de las partes o la imposición de la ley (que es el caso de la solidaridad, la cual —según Rezzónico— es una especie del género de la mancomunación).

Por otro lado, continúa el citado tratadista, la pluralidad disyuntiva o alternativa ocurre si los sujetos activos o pasivo de la obligación, o uno y otros, aparecen vinculados por la conjunción disyuntiva «o», o por una fórmula o expresión equivalente. Cita como ejemplo, si digo: «pagaré a fulano o mengano»; si Pedro debe mil dólares a Juan o Diego; si Juan o Pedro deben a Diego tal cosa; si Juan o Pedro deben tal prestación a Diego o Luis; o en el caso frecuente de los depósitos bancarios «a la orden alternativa, recíproca o distinta» de dos o más personas que pueden retirarlos íntegra e indistintamente, aunque una de ellas muera, pues se les considera sometidos al régimen de las obligaciones solidarias.

Ahora bien, dicho esto, estamos en presencia de una obligación con sujeto plural en los siguientes casos:

- Cuando hay dos o más deudores y dos o más acreedores.
- Cuando hay un solo deudor y dos o más acreedores.
- Cuando hay dos o más deudores y un solo acreedor.

Al tratar sobre las obligaciones divisibles e indivisibles y las obligaciones mancomunadas y solidarias, el legislador de 1984 ha optado —al igual que el legislador de 1936— por el sistema acogido por códigos importantes del siglo XX, entre ellos el Código Civil italiano de 1942.

Las consecuencias jurídicas generadas por las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas; ambas siguen el principio de la división de los créditos o, en su caso, de la división de las deudas. Sin embargo, puesto que tienen origen distinto —las primeras se determinan por la naturaleza de la prestación; las segundas, por la forma de obligarse— y están estrechamente vinculadas a las obligaciones indivisibles y solidarias, respectivamente, se legislan en forma separada.

Las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad —a diferencia de la divisibilidad y la mancomunidad— no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad, como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil de 1936, sólo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley, aunque la indivisibilidad, al igual que la solidaridad, puede también nacer del pacto. En cualquier caso, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la indivisibilidad está vinculada necesariamente a la naturaleza jurídica de la prestación, mientras que la solidaridad está vinculada, también necesariamente,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a la forma en que queden obligados los codeudores o coacreedores en la relación correspondiente.

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones prevalece un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda. En la solidaridad existe unidad de prestación —al igual que en la indivisibilidad—, pero, con idéntico contenido, hay pluralidad de derechos de crédito o de deudas, según se trate de la solidaridad activa o de la solidaridad pasiva. Ésta es la doctrina de Enneccerus y del Código Civil italiano de 1942, seguida por tratadistas tan eminentes como Barassi y Messineo.

Basado en esta doctrina, el Código Civil peruano de 1984 desecha las soluciones de algunos códigos o proyectos más recientes —como el Código Civil ruso de 1964 o el Proyecto holandés de 1974—, que identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. El Código tampoco se ciñe a otras soluciones legislativas, como la del artículo 1917 del Código Civil de Etiopía, redactado por juristas franceses, que establece que las reglas de las obligaciones solidarias son aplicables por analogía cuando la obligación es indivisible. La analogía puede ser difícil de determinar, pues ella depende de la naturaleza jurídica atribuida a dichas instituciones.

El Código adopta, más bien, la legislación civil italiana como modelo; pero deja de lado la incertidumbre que puede originar el artículo 1317 de ese Código, cuando establece que las obligaciones indivisibles se regulan por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto les fueren aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos allí señalados. El primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil peruano establece un precepto similar, pero aclara cuáles son las reglas de las obligaciones solidarias aplicables a las obligaciones indivisibles. Queda entendido, desde luego, que las situaciones jurídicas no previstas por el Código tendrían que resolverse de acuerdo con la naturaleza atribuida a la indivisibilidad o, en su caso, a la solidaridad.

Lo expresado determina que en la obligación indivisible no sea uno solo de los acreedores dueño único del crédito, y que, si la ley lo autoriza a recibirlo en su totalidad, esto ocurre por la naturaleza de la prestación debida. En la obligación solidaria, por el contrario, cada acreedor es dueño del íntegro del crédito.

Planteado el problema a la inversa: en la obligación indivisible no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida; en la obligación solidaria, cada deudor responde por el íntegro, aun cuando la prestación debida sea susceptible de dividirse.

La coincidencia de consecuencias jurídicas que suele presentarse entre las obligaciones de ambas clases obedece a que en la solidaridad, no obstante existir pluralidad de derechos de crédito o de deudas, los efectos respecto a uno de los coacreedores o a uno de los codeudores frecuentemente alcanzan a los demás en

virtud del sistema de la representación —acogido por el Código Civil francés—, por razones de unidad del fin de la prestación o como simple solución legislativa, por convenir a la colectividad, ya que la ley debe procurar el cumplimiento de las obligaciones y asegurar a los acreedores la suficiente garantía de sus deudores.

No obstante, se observan en el Código importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de ambas categorías.

Así, en el artículo 1176, relativo a las obligaciones indivisibles, se exige que el pago se efectúe a todos los acreedores o a alguno de ellos bajo garantía, por existir un solo derecho de crédito o deuda. En cambio, el artículo 1185, referente a las obligaciones solidarias, establece que el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores, eliminándose el principio de la prevención, consagrado por el artículo 1212 del Código Civil de 1936. La posibilidad de pagar a cualquiera de los acreedores, prescindiéndose de la garantía, obedece al idéntico contenido de la pluralidad de derechos de crédito o de deudas.

La indivisibilidad, conforme al artículo 1177, también opera respecto a los herederos. No ocurre lo mismo con la solidaridad. Ésta, de acuerdo con el artículo 1187, no se transmite a los herederos, pero éste es un tema mucho más complejo, que trataremos en su oportunidad.

Las soluciones de los artículos 1178 y 1179 respecto a la extinción de la obligación indivisible por medios distintos al pago son diferentes a las previstas para las obligaciones solidarias por los artículos 1190 y 1191.

Finalmente, el artículo 1180 sólo exige a los codeudores de una obligación indivisible no ejecutada, pero que hubiesen estado dispuestos a cumplir, que contribuyan a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les correspondía. La solución del artículo 1195, referente a las obligaciones solidarias, es distinta. En estos casos cada codeudor solidario responde por el íntegro del valor de la prestación debida, aun cuando no hubiera incurrido en culpa.

Expresados estos conceptos preliminares, conviene hacer referencia a ciertas nociones adicionales que no dejan de ser necesarias en cuestión tan compleja como la que se está comentando.

Las cuatro categorías de obligaciones citadas sólo se presentan cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores. Si ello no ocurre, es decir, si los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un solo deudor, las reglas enunciadas no tienen cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y, correlativamente, el acreedor puede exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de la indivisibilidad, consignado en el Código en una norma relativa al pago (artículo 1220). En ausencia de pluralidad de sujetos, no entra en juego la doctrina de la mancomunidad o solidaridad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como se ha indicado, la obligación donde se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunidad sigue siempre el principio de la división del crédito o de la deuda, puesto que sus consecuencias jurídicas son idénticas. Ésta es la obligación menos severa para los codeudores: cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por lo tanto, las reglas de la indivisibilidad.

En la obligación divisible y solidaria el pacto de solidaridad o, en su caso, el precepto legal, evita la división. A las obligaciones de esta clase se aplicarán las normas de la solidaridad.

La obligación indivisible y solidaria, finalmente, impide la división, por la naturaleza de la prestación y porque las partes quedaron obligadas por el íntegro. Ésta es la obligación más severa para los codeudores. Como contrapartida, aquí los acreedores obtienen la más eficaz garantía personal. Se aplicarán, en estos casos, las normas de la solidaridad y las propias de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor, según lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil. Existen en la práctica, sin embargo, algunos otros preceptos de las obligaciones indivisibles cuya aplicación se impone, tal como será expuesto en su oportunidad. En efecto, aquí el Código, en opinión nuestra, incurre en una inexactitud, pues a las obligaciones indivisibles, por su naturaleza, no se les puede atribuir todas las reglas de la solidaridad a las que alude el citado artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, no obstante que se trata de obligaciones que también son solidarias.

Un último concepto: la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales. La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que en el ámbito de los derechos reales sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza, y aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación.

Cabe observar que la apreciación de una obligación divisible o indivisible puede ser en algunos casos simple, pero en otros puede revestir gran complejidad. Cuando la prestación recae sobre cuerpo cierto, que constituye unidad, y

ESTUDIO ARGUELLO FREYRE

cuya división ocasionaría su deterioro irremediable, destrucción o perecimiento, es evidente que la obligación tiene la naturaleza de indivisible; su cumplimiento parcial está descartado. Lo propio ocurre cuando la indivisibilidad se atribuye por pacto o por mandato de la ley. La apreciación es difícil si se trata de juzgar la divisibilidad o indivisibilidad en obligaciones de dar en las que existen, además de pluralidad de sujetos, pluralidad de prestaciones, por ejemplo, de bienes inciertos, y donde el número de éstos no coincide con el de aquéllos. La decisión también puede ser particularmente difícil en determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, aunque las obligaciones de estas categorías tengan generalmente la calidad de indivisibles.

Reiteramos que para referirnos a las obligaciones divisibles e indivisibles debemos señalar que resulta premisa fundamental de éstas la existencia de pluralidad de acreedores o deudores, pues de lo contrario, vale decir, si existiese un solo deudor frente a un solo acreedor, y al tener dicho deudor la obligación de ejecutar íntegramente en favor de su acreedor la prestación a su cargo, no ingresa el supuesto de la división de la prestación.

Ahora bien, cuando concurren pluralidad de deudores o acreedores en una obligación será necesario comprobar si se trata de una prestación susceptible de cumplimiento fraccionado por los deudores respecto del acreedor o acreedores de ésta.

Con relación a si la divisibilidad o indivisibilidad determina que la obligación debida tenga unidad o pluralidad de vínculos, debemos señalar que las obligaciones divisibles e indivisibles se caracterizan, precisamente, por ser obligaciones con pluralidad de sujetos y con la probabilidad de unidad o pluralidad de objeto.

Nos explicamos.

Cuando se habla de obligaciones divisibles o indivisibles estamos en presencia del primer criterio clasificatorio de las obligaciones con pluralidad de sujetos. Sin embargo, el que una obligación tenga pluralidad de sujetos y sea divisible o indivisible no es impedimento para que también pueda ser una obligación de objeto único o una de objeto plural (pluralidad de prestaciones). Así, podríamos estar en presencia de una obligación divisible o ante una indivisible, que a la vez sea de prestaciones conjuntivas, alternativas o facultativas.

La posibilidad de ejecución fraccionada se determinará si es que la naturaleza de la misma lo permite, si la ley no lo prohíbe o si el modo en que fue pactado su cumplimiento faculta a que ello se ejecute. De ser así, estaremos ante una obligación de prestación divisible.

Vamos a citar algunos ejemplos al respecto.

Si existe un deudor que se ha obligado frente a sus tres acreedores a la entrega de treinta toneladas métricas de arroz, es plenamente factible, en virtud de la naturaleza divisible de las treinta toneladas de arroz, que dicho deudor ejecute

fraccionadamente su prestación, vale decir, que entregue a cada acreedor una cantidad determinada de arroz (que en caso de no haber pacto al respecto deberá ser proporcional al número de acreedores).

Si se tratase de una obligación en la cual el deudor se hubiese obligado a entregar a sus dos acreedores un vehículo determinado, dicho deudor deberá cumplir su prestación de manera indivisible, ya que así lo ordena la naturaleza de la prestación (un vehículo no puede dividirse para ejecutar la prestación, pues se destruiría) y la forma en que se pactó. Sería imposible (salvo que estemos hablando de finalidades muy particulares e inusuales) que el deudor entregue medio vehículo a cada uno de sus acreedores, contrariamente a lo que ocurre en nuestro primer ejemplo respecto al arroz.

En el segundo caso se tratará, sin duda, de una prestación indivisible por su naturaleza y por la forma como se ha constituido la obligación.

Pero vamos a citar un ejemplo en el cual la obligación podría ser susceptible de cumplimiento fraccionado por su naturaleza, mas no por la forma como ha sido constituida.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado a entregar dos vehículos idénticos a sus tres acreedores. Nadie duda de que los dos vehículos son divisibles (uno y uno), pero, por otro lado, la manera como han constituido la obligación hace que resulte imposible la entrega de los dos vehículos a los tres acreedores por separado, ya que dos vehículos no son divisibles entre tres acreedores; el deudor no podría entregar una tercera parte de dos vehículos, ni dos terceras partes de un vehículo, a cada acreedor, a diferencia del deudor de nuestro primer ejemplo, en el caso del arroz.

Debemos señalar, además, que cabe la situación en la cual la prestación sea divisible por naturaleza, como en el ejemplo del deudor de las treinta toneladas métricas de arroz, pero que dicho deudor y sus acreedores hayan pactado que la prestación (lo reiteramos, divisible por naturaleza) se convierta en indivisible. En este supuesto, el convenio habrá destruido la divisibilidad natural de la prestación y el deudor deberá ejecutarla íntegramente y no de manera fraccionada entre los acreedores, no porque la naturaleza de la prestación se lo impida, sino por la existencia del pacto.

En el caso de las obligaciones mancomunadas y en el de las solidarias no resulta fundamental la naturaleza de la prestación (en el sentido de si resulta o no divisible), sino la manera en que las partes —acreedor(es) y deudor(es)— han pactado su cumplimiento y se han obligado entre sí y respecto de la otra parte.

En tal sentido, una obligación en la cual exista pluralidad de acreedores o deudores será mancomunada, a menos que se pacte lo contrario, esto es, la solidaridad, de manera expresa (artículo 1183). Vale decir que si no existe solidaridad la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado

LECTURAS JURÍDICAS GRATIS O FREE

respecto de los acreedores, y su exigibilidad por parte de éstos a aquéllos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por su fracción correspondiente en el cumplimiento total de la prestación, y pudiendo exigir cada acreedor a cada deudor sólo su participación en el total de la prestación. Es pertinente recordar que también podrá darse la solidaridad por mandato de la ley. Es el caso de los comodatarios (artículo 1752) o de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1983), sólo por citar dos ejemplos al respecto.

Naturalmente la situación prevista para la mancomunidad sólo operará si la prestación resultase divisible por naturaleza o pacto. En ningún caso, si ella es indivisible.

Antes de finalizar estas palabras introductorias, consideramos conveniente aclarar que, aunque alguien pudiera pensar, como consecuencia de los desarrollos conceptuales antedichos, que la directa relación entre las obligaciones divisibles e indivisibles y las mancomunadas y solidarias determine que se trate de conceptos similares, pero con diferente nomenclatura, ello sería errado.

Si bien las consecuencias de las obligaciones divisibles son idénticas a las de las mancomunadas y las de las indivisibles se asemejan a las de las solidarias, unas y otras están referidas a elementos distintos y recaen sobre consideraciones disímiles, de modo tal que son conceptualmente términos diferentes unos de otros, independientemente de la similitud de sus consecuencias.

Sin perjuicio de lo anterior, y como el lector ya ha percibido de lo expuesto, debemos afirmar que los conceptos de divisibilidad e indivisibilidad, por una parte, y los de mancomunidad y solidaridad, por otra, no resultan incompatibles, sino que, por el contrario, son perfectamente complementarios.

En tal sentido, señalamos que la obligación en los supuestos que hemos analizado es necesariamente:

(a) Divisible y mancomunada; o

(b) Divisible y solidaria; o

(c) Indivisible y mancomunada; o

(d) Indivisible y solidaria.

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

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

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

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

Finalmente, si la obligación es indivisible y solidaria, prevalecen, según el artículo 1181 del Código Civil, los preceptos sobre la solidaridad, ya que son estas normas las que se aplicarían, con excepción de lo previsto por el artículo 1177 de dicho Código; ello, con las salvedades que efectuamos más adelante al comentar el artículo 1181.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO V
OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES
(ARTÍCULOS 1172 AL 1181)

Obligaciones divisibles e indivisibles
1. Antecedentes históricos

Principio de divisibilidad
1. Fuentes nacionales del artículo 1172
2. Análisis

Presunción de división del crédito o la deuda en partes iguales
1. Fuentes nacionales del artículo 1173
2. Análisis

Oposición del beneficio de la división en las obligaciones divisibles y mancomunadas
1. Fuentes nacionales del artículo 1174
2. Análisis

Obligaciones indivisibles
1. Fuentes nacionales del artículo 1175
2. Análisis

Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación
1. Fuentes nacionales del artículo 1176
2. Análisis

Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad
1. Fuentes nacionales del artículo 1177
2. Análisis

Consolidación entre el acreedor y uno de los deudores
1. Fuentes nacionales del artículo 1178
2. Análisis

Novación y otras formas de extinción de obligaciones entre el deudor y uno de los acreedores
1. Fuentes nacionales del artículo 1179
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Conversión de obligación indivisible en obligación de indemnizar

1. Fuentes nacionales del artículo 1180
2. Análisis

Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles

1. Fuentes nacionales del artículo 1181
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO V
OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

1. Antecedentes históricos

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

Dumoulin escribió en el siglo XVI una obra titulada *Extricatio labyrinthi dividui et individui* (*Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso*), por la cual se le conoce y que le deparó la fama y notoriedad que ostenta hoy. Dumoulin, parisino de nacimiento, vivió entre los años 1500 y 1566; fue, junto a Michel de Montaigne, François Rebelais, Pierre de Ronsard, Joaquim du Bellay, Jacob Cujas (Cujacius), Denis Godefroy y Ambroise Paré, uno de los personajes que iluminó la cultura francesa de dicho siglo.

Dumoulin es considerado como el primer intérprete del Derecho francés, siendo llamado en su época el Príncipe de los Jurisconsultos. Enemigo del feudalismo, contribuyó a la unidad del Derecho Civil francés. Estuvo vinculado a los conflictos religiosos de su tiempo, habiendo abrazado el calvinismo y publicado violentos escritos contra Roma («Dictamen sobre el hecho del Concilio de Trento»); fue perseguido y debió abandonar Francia dedicándose a la enseñanza del Derecho en las ciudades germánicas. Sus obras más importantes son: *Commentariorum in consuetudines parisienses* o *Comentarios sobre las costumbres parisinas* (París, 1547) y *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Se publicaron ediciones completas de sus obras, en los lugares y fechas que se indican a continuación: París, 1612 (cuatro volúmenes); París, 1657 (cuatro volúmenes); y París, 1681 (cinco volúmenes).[619]

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

619 Sobre Dumoulin, puede consultarse la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana.* Madrid: Espasa Calpe, s/f, tomo XVIII, segunda parte, p. 2469 y la *Enciclopedia Barsa.* México: Ediciones Encyclopaedia Britannica Publishers, 1985, tomo VIII, p. 224.

Entender la obra de Dumoulin no es nada fácil. Ya el título mismo de su obra «Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso», a criterio de Demolombe[620], no era nada alentador, menos aún el exordio o principio de ésta, que decía lo siguiente: «Non fuit nec adhuc est, in universo juris oceano, turbulentior, profundior et periculosior pelagus hoc dividuorum tractatus» (No hubo ni hay en la universalidad del océano del Derecho, aguas más turbulentas, profundas y peligrosas que la inmensidad de lo divisible e indivisible). Toullier, jurista francés de época posterior a Dumoulin, llega a expresar el deseo de que la doctrina de Dumoulin, a la que él llama recóndita, sea rechazada en las leyes. El rechazo de Toullier demostraba —sin duda— temor a lo desconocido.

Demolombe[621] sostiene que el tema de la divisibilidad y de la indivisibilidad para muchos autores resulta temible, pudiéndose hablar incluso de los que él denomina «temores universales». Muy pocos comprendieron a Dumoulin, de quien se puede decir que su fama es tan grande como el respeto que suscitaron sus ideas. Demolombe decía de la obra fundamental de Dumoulin que no sabía qué era lo que se debía admirar más, si su vasta erudición y la penetrante sagacidad de su lógica, o la prodigiosa paciencia que le faltó para culminarla, y que no tiene igual; se atreve a decir que admira más la paciencia de Dumoulin para escribir el libro que la del propio Demolombe, para leerlo. A entender suyo, Dumoulin exageró la especie de destierro que aporta en sus deducciones, con las innumerables citas de su Tratado, y buscando conciliar los textos romanos que parecen contradecirse entre sí. Demolombe cree, excusando su irreverencia, que la dificultad del tema se debe a la propia obra de Dumoulin, al crear un laberinto en el que es muy difícil reconocerse, a pesar de las diez claves y tres hilos que indica al lector para guiarlo en sus infinitos recovecos (*...et tria veluti thesaei fila*)[622].

620 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvi, p. 438.

621 *Ibidem*, pp. 438 y ss.

622 En la leyenda ateniense, Teseo es el hijo de Egeo, rey de Atenas. Su madre fue Etra, hija del rey de Trezene. Antes de que naciera, su padre escondió una espada y unas sandalias bajo una enorme piedra, y le dijo a Etra que, si daba a luz un hijo capaz de levantar la piedra y hacerse de los regalos, lo mandaría secretamente a Atenas.
Cuando Teseo creció pudo levantar la roca fácilmente, y con la espada y sandalias se encaminó hacia Atenas. Poco después de encontrarse en dicha ciudad, Medea, que se había desposado con Egeo, se dio cuenta del origen de Teseo y trató de envenenarlo. Al desenvainar Teseo su espada, Egeo lo reconoció y lo proclamó como su hijo y sucesor.
Anualmente Atenas pagaba un tributo de siete jóvenes y siete doncellas al rey Minos, de Creta, que se entregaban al Minotauro, monstruo mitad toro mitad hombre que vivía en el laberinto —un edificio de torcidos corredores y desordenados pasillos—. Teseo ofreció embarcarse con las víctimas y exterminar al Minotauro. Las velas negras del barco serían cambiadas por unas de color blanco si salía victorioso.
Al ver a Teseo, la hija de Minos, Ariadna, se enamoró de él. Le regaló una madeja de hilo que debería emplear para escapar del laberinto. Teseo dio muerte al monstruo y logró regresar por los sinuosos pasillos siguiendo el hilo. Se dirigió hacia Atenas, pero olvidó arriar las velas y cambiarlas por blancas. Egeo, creyendo que su hijo había muerto, se arrojó al mar, que luego se llamó Mar Egeo.

Para entender a Dumoulin, hemos recurrido a aquellos autores más connotados sobre la materia. Naturalmente nos referimos en primer lugar a Pothier (1699-1772, natural de Orleáns), el más renombrado de los juristas en su país durante el siglo XVIII, cuyas numerosas obras sobre Derecho Civil facilitaron la labor de los redactores del Código Napoleón. Pothier no hizo —a este respecto— sino reproducir la teoría de Dumoulin, resumiéndola, en tanto que los redactores del Código Napoleón se limitaron a tomar las disposiciones que Pothier formuló sobre esta materia; lo que equivale a decir que el Código francés recogió legislativamente los planteamientos de Dumoulin sobre el tema.

En ese sentido, Demolombe[623] recuerda que Toullier hizo una observación muy pertinente: «Se puede dudar que un hombre que no conozca ni el tratado de Pothier, ni el de Dumoulin, pueda llegar a entender los artículos del Código sobre las obligaciones divisibles o indivisibles; por lo menos, no se teme afirmar que llegará a entenderlos sólo con mucho esfuerzo y trabajo, pues ya se requiere mucho para tal efecto, aun con la ayuda de Pothier y de Dumoulin»; agrega Toullier que la explicación que él brinda sobre este tema en los artículos del Código francés sólo será, en muchos puntos, la reproducción de la antigua doctrina; añade que los ejemplos citados para dilucidar esta materia tan abstracta, en su mayoría los tomará de «[...] estos grandes maestros, que —en efecto— escogieron excelentes ejemplos [...]»; lo que prueba, a decir de Demolombe, que ni el mismo Toullier entendía sobre lo que estaba escribiendo.

François Laurent[624] trata de explicar por qué Dumoulin decía en su famosa monografía que consideraba a la materia de las obligaciones indivisibles como un laberinto en el que se debía buscar la clave. A entender de Laurent, en el *Digesto* hay textos confusos o contradictorios que Dumoulin trata de conciliar para deducir de esto algunas normas, creyendo haber tenido éxito en su empresa, lo que, a entender de Duranton, demuestra que consideraba indispensable consultar para estos efectos a los textos romanos, habiendo preferido que Dumoulin hubiese consultado su profunda lógica, en lugar de haber entrado en tantas complicaciones.

Para Laurent, toda la labor de Dumoulin fue inútil, empezando por el hecho de que la teoría que él creía era la de los jurisconsultos romanos, no era la teoría romana. El problema continuó al haber tomado Pothier a la letra las explicaciones, los razonamientos y las conclusiones de Dumoulin, sin haber siquiera investigado las pretendidas normas tomadas del Derecho romano. El problema se agudizó cuando los autores del Código Civil francés hicieron lo mismo, limitándose a presentar en artículo las enseñanzas de Pothier, por lo que Toullier llega a

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

623 DEMOLOMBE, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVI, p. 441.

624 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 367 y ss.

afirmar que la teoría de Dumoulin, reproducida por el legislador francés, es abstrusa e ininteligible.

Para Baudry-Lacantinerie[625], de todas las materias jurídicas, la de la divisibilidad y de la indivisibilidad pasó siempre, sin razón, como una de las más difíciles y más oscuras. Tal fue la idea de Dumoulin, en cuyo laberinto —a entender de Baudry-Lacantinerie—, el lector se perdía con facilidad. Así, doscientos años más tarde, Pothier llegó a hacer un poco más accesible esta materia, resumiendo en algunas páginas el voluminoso tratado de Dumoulin, que llegó, por ese medio, al Código Napoleón.

La interpretación, criticada posteriormente por muchos, que Pothier hizo del *Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso*, de Dumoulin, fue la que pasamos a explicar a continuación.

Pothier[626] consideró que la indivisibilidad absoluta, que Dumoulin llama *individuum contractu,* ocurre cuando una cosa, por su naturaleza, no es susceptible de partirse, de un modo tal que no podría ser estipulada o prometida por partes; tales son los derechos de servidumbres reales, como, por ejemplo, un derecho de paso; agrega que es imposible concebir partes en un derecho de paso y, por consiguiente, no se podría estipular ni prometer tales cosas en partes.

Recuerda Pothier que la segunda indivisibilidad es la que Dumoulin llama *individuum obligatione,* de ahí que todo lo que es *individuum contractu* lo es *obligatione:* pero hay ciertas cosas que, aunque hubiesen podido ser en absoluto estipuladas o prometidas en parte y, por consiguiente, aunque no sean *individuum contractu,* sin embargo, en la manera, en el modo como han sido consideradas por las partes contratantes, tienen algún aspecto o rasgo de indivisibles, lo que hace que no puedan ser debidas por partes.

Cita Pothier, como ejemplo de esta indivisibilidad, la obligación de la construcción de una casa o de un barco, no siendo esta obligación indivisible *contractu,* pues no es posible que se contrate en parte; añade que se puede convenir con un albañil en que levantará en parte la casa que deseo hacer construir, precisándole que no elevará los muros más que hasta el primer techo. Agrega Pothier que antes que la construcción de una casa sea indivisible *contractu,* es usualmente indivisible *obligatione,* pues cuando alguien celebra un contrato con un arquitecto para que le construya una casa, la construcción de la casa, que constituye el objeto de la obligación, es, por la manera como se ha considerado por las partes contratantes, algo indivisible.

Según Pothier, en esta construcción el objeto de la obligación es la obra misma concluida; no puede, pues, haber casa sin que esté enteramente construida, ya que

625 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.,* tomo II, p. 134.

626 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* primera parte, pp. 259 y 260.

la forma y la cualidad de la casa no pueden resultar sino de la construcción de la obra, y no puede haber partes de una cosa que todavía no existe; de donde Pothier sigue que la obligación de construir una casa no puede cumplirse sino construyendo la casa entera, por lo que considera que esta obligación no es susceptible de cumplirse por partes, tal como lo sostiene Dumoulin.

A entender de Marcadé[627], Dumoulin y Pothier eran demasiado complejos en varios pasajes de sus obras, y aunque frecuentemente su complejidad se haya referido a la naturaleza misma del sujeto, también proviene a veces de sutilezas e incluso de contradicciones —al menos aparentes—, relativas menos a la naturaleza del sujeto que a la multiplicidad de detalles inútiles o de ejemplos escogidos erróneamente, que ellos mismos presentaron. Agrega Marcadé que, dado este hecho, los intérpretes del Código Napoleón habrían debido efectuar una abstracción de las ideas del trabajo de Dumoulin, para captar mejor y precisar con más claridad sus explicaciones, las que dan una perfecta comprensión del articulado que al respecto tiene el Código Civil francés.

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

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

Según Marcadé, Dumoulin y Pothier distinguen tres especies de indivisibilidad, no obstante lo cual no distinguen tres clases de obligaciones indivisibles, sino sólo dos, considerando que la tercera especie de indivisibilidad implica únicamente el modo de ejecutar, y no impide que la obligación permanezca como divisible. La primera indivisibilidad se produce cuando el objeto de la obligación no es susceptible de ninguna especie de división, ni material ni intelectual; en tanto la segunda se presenta cuando este objeto, aunque divisible en sí mismo, al menos intelectualmente, se encuentra indivisible desde el punto de vista en el que lo consideraron las partes contratantes; queda en último lugar la indivisibilidad

627 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 513 y ss.

solutione tantum, que se produce cuando los deudores no pueden pagar parcialmente con el objeto, aunque quede completamente divisible y se divida efectivamente entre los acreedores, si hubiese varios. Precisa Marcadé que Dumoulin y Pothier llaman a la primera indivisibilidad *individum contractu* y algunas veces *natura* y califican a la segunda de *individum obligatione.* En opinión de Marcadé, el término *contractu* no es acertado para el primer caso, puesto que no es el comercio, sino la naturaleza misma del objeto lo que hace que éste, y por consiguiente la obligación, sea indivisible, y que por otro lado los términos *contractu indivisible* no presentan una idea muy distinta de los términos *obligatione indivisible.*

Piensa Marcadé que, por un lado, esta segunda expresión parece en sí poco común, pues, se pregunta, ¿cómo podría entenderse una obligación indivisible por la obligación misma?; considerando que sería más satisfactorio, más lógico y más certero suprimir el término en la primera indivisibilidad, en la que se hace doble el término *natura*, y sustituirlo en la segunda indivisibilidad por el término *obligatione,* que desaparecería por completo.

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

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

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

primer sistema de gran utilidad, resultaría impracticable, pues su aplicación necesitaría un tratado especial de cuarenta volúmenes.

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

A entender de Baudry-Lacantinerie[628], para saber si una obligación es divisible o indivisible, hay que referirse a su objeto, pues la obligación es divisible siempre y cuando no se oponga ninguna imposibilidad a que se pueda dividir su objeto, sea material o intelectualmente.

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

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

628 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Op. cit.*, pp. 134 y ss.

se realiza el viaje; y si sólo se hace una parte del viaje, no se cumple del todo con la obligación.

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

Recuerda Baudry-Lacantinerie que en la terminología de Dumoulin, la indivisibilidad de la obligación, *individuum obligatione*, es la que resulta de la voluntad de las partes, tratándose de una indivisibilidad convencional. En esta indivisibilidad, a entender de Baudry-Lacantinerie, el objeto de la obligación y, por consiguiente, la obligación misma, son divisibles por su naturaleza; sin embargo, las partes quisieron que la obligación fuese indivisible. Así, la obligación de entregar un terreno de cierta extensión es, en sí, perfectamente divisible, pero no obstante ello, la voluntad de los contratantes, expresa o tácita, puede hacerla indivisible.

El citado autor menciona como ejemplo, si usted me vendió un cierto número de metros de tierra y en el contrato se especifica que este terreno está destinado a la construcción de una fábrica que debe tener una superficie igual a la del terreno vendido, ello demostraría que hemos considerado la prestación del terreno vendido como si no fuese susceptible de división y, por lo tanto, a la obligación misma como indivisible.

Agrega el más famoso de los comentaristas del Código francés, que ésta es una cuestión de intención que el juez del asunto dilucidará soberanamente. Baudry-Lacantinerie señala que el artículo 1218 del Código de su país se refiere a la indivisibilidad de la obligación: «La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituyan su objeto sea divisible por naturaleza, si la relación en que se considera la obligación no la torna susceptible de cumplimiento parcial». Sin embargo —anota el mencionado autor—, la parte final de este texto parece confundir la indivisibilidad de la obligación con la indivisibilidad del pago, por lo que debería haber sustituido las palabras «susceptible de división» por los términos «susceptible de ejecución parcial».

Comenta Baudry-Lacantinerie que la indivisibilidad de pago, a la que Dumoulin llamaba *individuum solutione tantum*, afecta sólo a la ejecución de la obligación y no a la obligación en sí. Así, si el objeto de la obligación es divisible, la obligación misma permanece divisible; y solamente resulta indivisible «o de la naturaleza del compromiso, o de la cosa de la que hace su objeto, o del fin que se

propone en el contrato, si la intención de los contratantes era que no se pudiera pagar parcialmente la deuda»; precisa que éstos son los términos del artículo 1221-5.

Nos dice el antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos (en un ejemplo de su tiempo) que, de este modo, un condenado que sufre la coacción física por una deuda que proviene de un delito estipula la cantidad necesaria para pagar a su acreedor y obtener así su libertad; ejemplo en el cual la prestación de solamente una parte de la cantidad prometida no tendría utilidad para el estipulante, pues él necesita la cantidad total para alcanzar la meta que se propone; razón por la cual se puede decir, sin temor a confusiones, que hay indivisibilidad de pago; y así, si el deudor muere dejando varios herederos, se puede forzar a uno solo —si así se desea— a pagar el total.

En opinión de Giorgi[629], la primera especie de indivisibilidad indicada por Dumoulin no es concebible en materia de obligaciones; y el haberla enumerado depende del ya anotado error de confundir el objeto inmediato de la obligación, es decir, la prestación, con el objeto de la prestación misma: el acto de constituir o transmitir una servidumbre con la servidumbre que se constituye o transmite.

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

Anota Giorgi que, no obstante los defectos apuntados, la teoría de Dumoulin fue en gran parte aceptada por Pothier, y bajo la autoridad del gran jurisconsulto de Orléans encontró acogida en el Código Napoleón, en cuyo artículo 1217 los compiladores de aquel Código se preocuparon de la indivisibilidad absoluta, es decir, aquélla que Dumoulin llamaba *indivisibilita contractu*; y cayeron así en la inexactitud de presuponer una indivisibilidad que resulta inaplicable a la materia de las obligaciones, y de confundir el objeto mediato de la obligación, o sea, la cosa, con el objeto inmediato de la obligación misma, es decir, con la prestación; añadiendo el ya observado error de igualar la indivisibilidad intelectual de la cosa debida con la divisibilidad efectiva y real de los actos de constitución o transmisión de la cosa misma.

Recuerda Giorgi que los legisladores franceses, en el artículo 1218 del Código Napoleón, tuvieron sólo en cuenta la indivisibilidad *obligatione,* que es verdadera indivisibilidad del objeto y una de las varias formas con las que dicha indivisibilidad

629 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 219 y 220.

puede manifestarse en las obligaciones, razón por la cual, en vez de pasar a definir la otra manera de indivisibilidad del objeto, pensaron en formular la regla de la divisibilidad y tratar también de sus excepciones.

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

Marcel Planiol y Georges Ripert[630], interpretando a Dumoulin, distinguen dos clases naturales de indivisibilidad, según el objeto debido sea indivisible de modo absoluto o relativo. En relación con la indivisibilidad absoluta, la encuentran cuando el objeto de la obligación es indivisible, sea cual fuere el aspecto en que se le considere, de suerte que no puede ser debido sin que la obligación sea indivisible. Refiriéndose a la indivisibilidad relativa, los autores citados expresan que ella se presenta cuando la cosa, considerada en su forma natural, es indivisible, aun cuando pueda concebirse su ejecución sucesiva y por fracciones.

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

630 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.,* segunda parte, tomo VII, pp. 413-416.

Principio de divisibilidad

Artículo 1172.- Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.

1. Fuentes nacionales del artículo 1172

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 se ocupó del tema en su artículo 811: «La obligación es divisible o indivisible, según que ella tiene por objeto, o una cosa que en su entrega, o un hecho que en su ejecución es o no susceptible de división, sea material o intelectual»; mientras que el Código Civil de 1852 no trató sobre el particular.

El Proyecto de Código Civil de 1890 abordó el tema en sus artículos 1522: «Las obligaciones se denominan divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial; e indivisibles, si las prestaciones sólo pueden ser cumplidas por entero, o si tienen por objeto una cosa, o un hecho que, aunque divisible por su naturaleza, deja de serlo, teniendo en cuenta el modo como lo consideraron los contrayentes»; 1523: «La indivisibilidad de una obligación no le da el carácter de solidaria, ni la solidaridad que ella comprenda, le da el carácter de indivisible»; 1524: «Las obligaciones de dar son divisibles, cuando tienen por objeto sumas de dinero u otras cantidades, o cuando siendo su objeto entregar cosas indeterminadas no fungibles y de una misma especie, comprenden un número de ellas, igual al número de acreedores o deudores, o a un múltiplo de este número»; 1525: «Las obligaciones de hacer son divisibles únicamente cuando tienen por objeto hechos determinados por cierto número de días de trabajo o cuando consisten en obras designadas por medidas expresadas en la obligación; como la de construir una acequia a razón de tanto por metro.— La obligación de construir una obra sin designar medida para cobrar su precio, y, en general, todas las obligaciones de hacer que no pertenecen a la clase de las precedentes, son indivisibles»; 1526: «Toda obligación de no hacer es indivisible, y en consecuencia sólo el deudor o deudores que han hecho lo que debieron omitir, son responsables al acreedor de los perjuicios que le hayan causado, quedando libres de toda responsabilidad los demás codeudores»; 1527: «Para calificar de divisibles o indivisibles las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza

FONDO EDITORIAL PUCP

opuesta, debe preceder elección del acreedor, o del deudor, según el caso; pero debe darse aviso al acreedor de la elección del deudor»; y 1528: «Cuando la obligación divisible gravita en un solo deudor que no tiene más que un acreedor, debe cumplirse, como si fuese obligación indivisible. Ni el deudor, ni el acreedor pueden ser obligados, el primero a que cumpla la obligación por partes, y el segundo a que acepte semejante cumplimiento, salvo lo dispuesto en el título Del mutuo».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, reguló el particular en los artículos 156: «Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese estipulado»; y 155: «Aunque la obligación tenga por objeto una prestación divisible, no podrá el acreedor ser obligado a recibir el pago por partes, salvo estipulación contraria»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hizo en los artículos 148: «Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiera estipulado»; y 147: «Aunque la obligación tenga por objeto una prestación divisible, no podrá el acreedor ser obligado a recibir el pago por partes, salvo estipulación contraria».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 tiene el artículo 1191: «Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido»; mientras que en el Código Civil de 1936, el artículo 1202 establece: «Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, encontramos la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, con su artículo 43: «Si son varios los deudores o los acreedores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores puede pedir la satisfacción del crédito únicamente por su parte, y, cada uno de los deudores está obligado a pagar únicamente la parte de la deuda que le corresponda»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, con el artículo 50: «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que los deudores únicamente se encuentran obligados a pagar su parte de la deuda»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, con el artículo 1192: «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que los deudores únicamente

se encuentran obligados a pagar su parte de la deuda»; y, por último, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, con el artículo 1140: «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda».

2. Análisis

En principio el Código Civil peruano no contempla definición alguna para las obligaciones divisibles, pero se refiere (a través de su artículo 1172) al crédito y al débito de la prestación. Será la doctrina, como veremos, la que se encargue de establecer los alcances y límites de esta temática.

En doctrina se reconoce que la pluralidad de los sujetos de la obligación se puede producir en el origen de la relación o de manera derivada. Una pluralidad originaria será, por ejemplo, la garantía personal que varios sujetos otorgan a favor de otros tantos acreedores. A su vez, la pluralidad de sujetos puede ser derivada como consecuencia de la transmisión de las obligaciones, ya sea por acto entre vivos (un contrato de subrogación, cesión de créditos, etcétera), o por efectos de una sucesión hereditaria[631].

Para los profesores franceses Alex Weill y François Terré[632], el acontecimiento que con más frecuencia da origen a la variedad de obligaciones divisibles es la muerte, bien del acreedor, bien del deudor, luego de la cual el difunto deja varios herederos. Así, tanto los créditos como las deudas se dividen entonces de pleno derecho entre los herederos del acreedor o entre los herederos del deudor. Agregan dichos juristas que, a partir de la muerte del acreedor, ya no hay un solo crédito, sino tantos créditos distintos como herederos existan. Citan como ejemplo que si el crédito es de tres mil francos y el acreedor deja tres hijos, herederos en partes iguales, desde el fallecimiento, e incluso antes de la repartición, cada uno de ellos se convierte en acreedor del deudor hasta por un total de mil francos. Así, cada uno de estos créditos es totalmente independiente de los demás y cada acreedor debe demandar al deudor por su propia cuenta. Adicionalmente, Weill y Terré enseñan que, si el deudor de una deuda de tres mil francos muere dejando tres hijos, la deuda se divide de pleno derecho entre estos últimos, y cada uno se convierte en deudor de mil francos. De este modo, el único crédito que existía a favor del acreedor se ve entonces reemplazado por tres créditos de mil francos cada uno, los que son totalmente independientes entre sí, a tal punto que, si uno de los herederos es insolvente, el acreedor no puede demandar contra los demás el pago de lo que no pudo recuperar del primero.

631 Cazeaux, Pedro N. y Felix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 811.

632 Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, p. 921.

Debe repararse en lo prescrito por el artículo 1172 del Código Civil peruano de 1984, en el sentido de que en la obligación divisible —no solidaria sino mancomunada— cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Este principio es básico de las obligaciones divisibles y mancomunadas.

Como bien señala Rosendo Badani Chávez[633]: «La regla general de la pluralidad de partícipes en una sola obligación se compendia en la proposición siguiente: *concursus partes fiunt*. Cada acreedor no puede demandar más que su parte; cada deudor no debe pagar más que la suya. La obligación se entiende, pues, a prorrata o en partes viriles». Añade el citado autor que

> [...] Como consecuencia de este principio de la división a prorrata resulta que la insolvencia de un deudor perjudica únicamente al acreedor y no a los demás deudores; que cualquier acto de un acreedor que interrumpe la prescripción, dirigido contra uno de los deudores, no favorece a los demás acreedores, ni perjudica a los demás deudores. Lo mismo puede decirse de la novación, de la compensación y demás medios por los cuales se extinguen las obligaciones, cuyos efectos no pueden hacerse extensivos de uno o varios a los demás acreedores o deudores.

El referido principio básico de la divisibilidad tiene data muy antigua. En opinión de Marcadé, al comentar el artículo 1220 del Código Napoleón[634], las obligaciones sólo se distinguen en divisibles e indivisibles por los acreedores o los deudores múltiples, pues en tanto que hay un solo acreedor y un solo deudor, por muy divisible que sea la obligación siempre debe recibir una ejecución simple e integral, sin ser nunca susceptible de pagos parciales, de modo que ésta alcanza el mismo efecto que si fuese indivisible. Agrega que sólo a la muerte de un deudor o de un acreedor que deja varios herederos se puede dividir la obligación existente originariamente entre un solo acreedor y un solo deudor, si tal obligación es susceptible de dicha división.

Por su parte, en palabras de Cazeaux y Trigo Represas[635], en las obligaciones de sujeto múltiple conjunto, o sea, en las que se presentan varios acreedores o varios deudores en situación concurrente, el principio general es que cada acreedor tiene derecho a exigir su parte proporcional en el crédito o cada deudor tiene que pagar nada más que su cuota proporcional en la deuda. En tal sentido, los mencionados tratadistas señalan que tiene importancia determinar cuándo la prestación es divisible. Citando a Von Thur, advierten que ello ocurre cuando puede

633 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 57.
634 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 520.
635 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 613.

hacerse efectiva en varias partes de igual naturaleza, sin detrimento de substancia ni menoscabo de valor; en caso contrario, la prestación será indivisible.

En esa línea, la Casación n.° 1006-03-Ucayali, de fecha 29 de marzo de 2004, señala: «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde. *Sétimo*. "El codeudor que paga la deuda no puede repetir de los otros codeudores sino la porción que le corresponde a cada uno de ellos" [Montoya Manfredi]. *Octavo*. En consecuencia, resulta aplicable para el presente caso lo dispuesto en el artículo 1172 del Código Civil, concordado con el artículo 1182 del mismo cuerpo normativo, según el cual si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Siendo así, para el presente caso, el acreedor en virtud a una subrogación legal sólo puede reclamar de sus deudores la parte de la obligación que corresponde a cada uno de ellos».[636]

Ahora bien, del texto del artículo 1172 del Código Civil peruano se deduce, como ha sido señalado, el principio básico de la divisibilidad. Pero podría ocurrir que, a pesar de este principio, a la hora de efectuar el pago éste no se haga estrictamente de acuerdo a él. En tal caso, a entender de los citados juristas[637], la relación de los acreedores conjuntos entre sí, después de que alguno o algunos de ellos hayan percibido la prestación y las relaciones de los deudores conjuntos entre sí, después de que alguno o algunos de ellos hubiesen efectuado el pago, tanto en las obligaciones divisibles como en las indivisibles, puede obligar a que se haga un reajuste, que se conoce en doctrina con el nombre de cuestión de distribución o cuestión de contribución, según se trate de los acreedores o de los deudores. Este reajuste, añaden, debe someterse a las siguientes pautas: cuando en los títulos de la obligación o en los contratos que dentro de cada grupo se hubieran formalizado, se hubiera establecido el alcance de la participación de los respectivos interesados, esta convención debe prevalecer y de acuerdo a ella deben reglarse las relaciones internas de los distintos sujetos del respectivo grupo. Así, los partícipes de cada grupo pueden estar vinculados en proporciones iguales o desiguales, y aun es posible que alguno o algunos de ellos figuren en el crédito o en la deuda sólo en apariencia, y en la realidad se hayan limitado a permitir que se incluya su nombre para facilitar el cobro, si se trata de un acreedor, o para garantizar el pago, si se trata de un deudor.

Agregan Cazeaux y Trigo Represas que en las obligaciones divisibles, en los casos en que la proporción establecida en las relaciones internas de las partes es igual y la faz externa o interna de la mancomunación coinciden, si cada interesado

636 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 887. [Texto correspondiente a la tercera edición]
637 *Ibidem*, pp. 642-643.

ha cobrado o ha pagado lo que en realidad le correspondía, no hay lugar a reajustes; precisan que en el supuesto de que las proporciones fueran desiguales, o cuando algún acreedor o deudor lo fuera sólo en apariencia, corresponderá hacer el replanteo consiguiente, de modo que ningún acreedor retenga más, o ningún deudor sufra una erogación mayor que su interés en la obligación. A tal efecto, el artículo 689 del Código Civil argentino (de 1871) les provee de la llamada acción recursoria para demandar los reajustes pertinentes a sus respectivos compañeros de grupo, a fin de restablecer el equilibrio entre los interesados.

Por otra parte, Cazeaux y Trigo Represas analizan el supuesto de que en los títulos de la obligación no aparezca la proporción en que concurren los respectivos interesados o, asimismo, cuando no hubieran títulos, casos en que la ley argentina prevé que deberá atenderse a la causa por la cual se contrajo la obligación, a las relaciones internas de los interesados entre sí y a las circunstancias de cada uno de los casos; vale decir, que en esta situación será menester remitirse a los antecedentes de los vínculos existentes entre las partes y entre los componentes de cada grupo. Así, según los profesores argentinos, deberá analizarse si dentro de cada uno de los sectores de la obligación ha existido un condominio, una sociedad, etcétera, en cuya virtud se ha concertado el crédito o contraído la deuda conjuntamente. Recuerdan además que en esta búsqueda de antecedentes —como enseña Lafaille— «puede recurrirse a todo género de elementos».

Por último —expresan Cazeaux y Trigo Represas—, si nada de esto permite descubrir en qué medida concurren los acreedores en el crédito o los deudores en la deuda, se entenderá que son interesados en partes iguales y que cada persona constituye un acreedor o un deudor —problema que en el Código Civil peruano de 1984 está solucionado por lo dispuesto en el artículo 1173, según veremos más adelante—.

Por otro lado, a decir de Luis de Gásperi[638], si la prestación es de naturaleza divisible, lógico es que concurriendo varios deudores y un acreedor o viceversa, la obligación se divida en tantas partes como deudores o acreedores haya; entonces la obligación se divide en partes viriles, determinadas *pro numero virorum*.

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia a través de la Casación n.º 4528-2007-Callao, de fecha 24 de noviembre de 2008, determina lo siguiente respecto a las obligaciones divisibles: «Cuando la obligación ha sido contraída con un monto expresado en una cantidad de dinero, estamos ante una obligación divisible. *Octavo*. Las obligaciones solidarias pueden estar referidas, tanto a aquellas prestaciones divisibles como indivisibles, pues la forma de prestación no determina la forma en que se encuentran obligadas las partes ya sea de manera mancomunada o solidaria, razones expuestas por las cuales la aplicación de las normas denunciadas no resultan pertinentes al caso de autos, puesto que conforme

638 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 16.

lo han establecido las instancias de mérito la presente deuda se trata de aquella obligación contraída de un monto expresado en una cantidad de dinero, lo que permite advertir que se trata de una obligación divisible, por lo que corresponde desestimarse este extremo».[639]

Por otra parte, cuando estemos en presencia de una obligación cuya prestación consista en la entrega de bienes fungibles o inciertos, se entenderá divisible la obligación siempre y cuando cada uno de los deudores pueda cumplir frente al o a los acreedores comunes un número igual de los bienes debidos. De lo contrario, estaremos en presencia de una obligación indivisible.

En cambio, cuando estemos en presencia de una obligación de dar bienes ciertos, esta obligación no será divisible, ya que, a decir de De Gásperi[640], la división sería impracticable en partes viriles sin destruir la idea del todo de cada una de las cosas comprendidas en la prestación, no obstante la divisibilidad de la cosa.

Sobre este punto queremos recordar la opinión del profesor paraguayo, cuando enseña —citando a Savigny— que en principio no hay cosa que no sea susceptible de descomposición en partes. Savigny expresa que, incluso respecto de los inmuebles, éstos son partes constitutivas de la superficie de la tierra, no pudiendo ser limitados, como unidades especiales, sino por la voluntad del hombre; pero es de la esencia de esa voluntad ser inconstante y variable. De allí que, según De Gásperi, sea posible crear entre límites ya fijados, nuevos límites más estrechos o pequeños, fundándose esta facultad en la divisibilidad ilimitada del suelo; y, aunque las partes aisladas puedan diferir en bondad y valor, son siempre idénticas a sí mismas, y al todo original; anota De Gásperi que sólo el suelo sobre el que reposa una construcción no es divisible, porque forma un todo independiente, un todo artificial, cuya descomposición destruiría la idea de este todo.

Ahora bien, debemos manifestar que el principio de divisibilidad es el que permite distinguir las obligaciones divisibles y las indivisibles. De esta forma, tales obligaciones parten de un primer punto para su calificación, esto es, si la prestación es o no susceptible de división.

Ese es el primer tema, si por la naturaleza de la prestación se pueden dividir, pero no es el único. Existen prestaciones que por su naturaleza son divisibles y aun así no son obligaciones divisibles.

Pensemos en una obligación que consiste en entregar cinco botellas de agua mineral de determinada marca, de 650 ml., con gas. Estas cinco botellas deben ser entregadas por dos deudores a un acreedor.

Aunque en principio parecería que la obligación es divisible, no lo es, ya que cada deudor debería entregar dos botellas y media.

639 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 887. [Texto correspondiente a la tercera edición]

640 *Ibidem*, tomo II, p. 18.

Y es que cuando se trata de una prestación con posibilidad de ser dividida, si las partes no han pactado proporciones distintas, se entiende que la división es por igualdad, por partes iguales, y no es concebible pensar, en el ejemplo propuesto, que cada deudor entregue dos botellas y media, porque una botella no se puede dividir.

La obligación sí sería divisible si los deudores hubieran pactado una proporción diferente. Así, la prestación sería divisible en caso de que, por ejemplo, hubieran convenido que uno de los deudores entregara tres de esas botellas y el otro dos.

En general, podemos señalar que son tres los pasos que se deben seguir para determinar si una obligación es o no divisible:

- El primero, si es posible dividir la prestación en sí.
- El segundo, si resulta posible dividir esa prestación entre el número de acreedores y deudores que haya.
- El tercer paso es ver qué han pactado las partes, ya que ellas en ejercicio de su autonomía privada podrían convenir de manera ficticia la indivisibilidad.

Lo primero, entonces, es la naturaleza de la prestación. A veces, sin embargo, no es suficiente que por su naturaleza esa prestación sea divisible, puesto que por el número de deudores o acreedores termina siendo indivisible. También es posible que en una obligación cuya prestación por su naturaleza sea divisible, y que incluso lo sea tomando en cuenta el número de deudores o acreedores, en definitiva, termine siendo indivisible porque las partes al momento de contraer la obligación así lo establecieron.

Por medio del pacto, por ejemplo, una obligación de dar sesenta mil soles que tienen dos deudores y un acreedor y que, en principio, sería divisible, podría ser indivisible si las partes lo hubieran estipulado al darle nacimiento.

Ahora, supongamos que la prestación de aquella obligación que tiene dos deudores consistiera en entregar un automóvil. En tal supuesto, nos encontraríamos frente a una obligación indivisible porque no se puede pensar en entregar medio automóvil.

La entrega de un automóvil es una obligación indivisible, pero si las partes hubieran pactado, por ejemplo, que el «deudor 1» entregará la llanta de repuesto y que el «deudor 2» entregará el resto del auto, la obligación sería divisible, aunque, insistimos, eso sólo sería posible si hubiera pacto.

En las obligaciones divisibles no existe la presunción de que la división de la prestación se deba realizar en proporciones distintas a la igualdad. El acreedor no podrá solicitar a uno de los deudores que cumpla con la entrega de algo distinto a lo del otro, salvo que ello así se haya pactado. Recordemos que se presume la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

igualdad, y si la indivisibilidad de la prestación lo impide, entonces simplemente estaremos ante una obligación de carácter indivisible.

Veamos un ejemplo más. Dos deudores, «d1» y «d2», se obligan con un acreedor a entregarle una botella de agua de dos litros y una botella de yogurt de dos litros.

La obligación planteada sería indivisible en tanto no se pactó qué botella debería entregar cada deudor, de donde se sigue que ambos deberían cumplir con la prestación de igual manera, y no es posible que cada uno entregue media botella de agua y media botella de yogurt sin que se destruyan las botellas.

No obstante que los ejemplos propuestos son relativos a obligaciones de dar, las mismas reglas se aplicarían a las obligaciones de hacer y de no hacer.

Pensemos que dos pintores se obligan con un acreedor a pintar una habitación. En este caso, si no se hubiese establecido qué pared de la habitación o qué área de las paredes o del techo tendría que ser pintada por cada uno, se trataría de una obligación indivisible, en tanto el acreedor no sabría qué parte le podría exigir a uno y qué le podría exigir al otro.

Esta obligación de hacer sí sería divisible en caso de que, por ejemplo, se hubiera pactado que uno de los deudores pintara el techo y el otro las paredes.

Por otro lado, si la obligación fuera una de no hacer que consistiera en que dos deudores se comprometieran con un acreedor a guardar un secreto, ésta sería también indivisible porque el acreedor le podría exigir a ambos que cumplan con toda la prestación, es decir, que guarden todo el secreto y no sólo una parte de él.

Ahora bien, para culminar con nuestros comentarios al artículo 1172, y teniendo en consideración que la mancomunidad genera exactamente los mismos efectos que la divisibilidad, queremos mencionar que en algunos casos aparece la errónea costumbre de consignar en los contratos, supuestamente para otorgar mayor seguridad al acreedor o a los acreedores, los términos «mancomunada y solidariamente», aludiendo a la forma como se obligan los deudores. Sin embargo, esto es una contradicción, ya que dos o más deudores no se pueden obligar simultáneamente de manera mancomunada y solidaria, pues ambas son formas totalmente opuestas de contraer una obligación. Este parecer es sostenido también por Colin y Capitant[641], cuando señalan la incorrección de una fórmula muy usual, empleada con mucha frecuencia en las escrituras, y en virtud de la cual, los codeudores declaran obligarse para con el acreedor conjunta y solidariamente, considerando a esta frase como absurda, porque la palabra «conjuntamente» significa no solidariamente.

641 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 433.

LECTURA GRATUITA PROHIBIDA

Por nuestra parte, pensamos que, de ocurrir este absurdo, debemos concluir en que la obligación que prevalece es la solidaria, fundamentalmente por razones de costumbre y porque la mancomunidad se presume —y, por lo tanto, no había necesidad de pactarla—, mientras que la solidaridad no se presume y sí habría necesidad de manifestarla de manera expresa, en caso se desee un pacto de estas características.

Sin lugar a dudas la génesis de esta corruptela es bastante remota. Y su origen tiene como base la propia ley, ya que tanto el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, como el Código Civil peruano de 1852 y el Proyecto de Código Civil de la Comisión que presidiera Juan Luna, del año 1890, incurren en el error de confundir la terminología de las obligaciones mancomunadas con las solidarias. En tal sentido, podemos advertir los errores que a continuación mencionamos.

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, advertimos que en el capítulo XVIII, titulado «De las obligaciones *in solidum* o mancomunes», se encuentra el artículo 791, que define a la «mancomunidad entre los acreedores» de la siguiente manera:

> Artículo 791.- Hay mancomunidad entre los acreedores, cuando el título concede expresamente a cada uno de ellos el derecho de exigir el pago total del crédito, y cuando el pago hecho a uno de ellos libra al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea partible entre los diferentes acreedores.

El mismo cuerpo legislativo definía la «mancomunidad de parte de los deudores» de la siguiente manera:

> Artículo 794.- Hay mancomunidad entre los deudores cuando están obligados a una misma cosa; de manera que uno pueda ser reconvenido por el total, y cuando el pago que hace uno, deja libres a los demás.

Después de analizar las normas transcritas, no nos cabe duda de que ellas se refieren no a la «mancomunidad», sino a la «solidaridad», por cuanto los efectos señalados son propios de las obligaciones de esta última categoría.

Por otro lado, el Código Civil peruano de 1852, aquél que más vigencia ha tenido en nuestro país, también incurría en el mismo error al confundir la mancomunidad con la solidaridad en su artículo 1290 (referente a la solidaridad entre los acreedores), que establecía lo siguiente:

> Artículo 1290.- Es solidario o mancomunado entre varios acreedores el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación, cuando cualquiera de ellos tiene la facultad de pedirlo.

Y también equivocaba conceptos en su artículo 1293 (referente a la solidaridad entre los deudores), ya que esta norma señalaba lo siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1293.- Es solidaria o mancomunada una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos.

Por último, el Proyecto de Código Civil peruano de 1890 intenta hacer la distinción al regular, en el capítulo 10, dentro del Título Segundo, relativo a las diversas clases de obligaciones, a las obligaciones simplemente mancomunadas o no solidarias, mientras que en el capítulo 11 trata sobre las obligaciones solidarias. Sin embargo, también incurre en error, ya que al referirse a estas últimas obligaciones señala, en su artículo 1541, lo siguiente:

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

De los artículos transcritos, correspondientes a los dos Códigos y al Proyecto citados, podemos apreciar que la confusión en clasificar las obligaciones mancomunadas y solidarias es bastante antigua en el Perú.

Es de resaltar que fue Manuel Augusto Olaechea quien se encargó de aclarar los conceptos a través de su Anteproyecto de Libro V, elaborado en el año 1925. Sin embargo, incluso después de la promulgación del Código Civil de 1936, se siguieron confundiendo ambos términos. Uno de los autores que incurrió en estas denominaciones impropias fue Ángel Gustavo Cornejo[642]. Para demostrarlo transcribimos un párrafo de su autoría:

> Dentro de la mancomunidad se distinguen dos especies: la mancomunidad simple a prorrata, que se da cuando el derecho viene atribuido o la obligación es imputable por partes; y la mancomunidad solidaria, en la que el derecho es atribuido o la obligación imputable total e íntegramente, a cada uno de los acreedores o deudores mancomunados.

Pero para resolver el conflicto que mencionamos en párrafos anteriores entre la indivisibilidad y la mancomunidad, y el absurdo que acabamos de mencionar, entre la mancomunidad y la solidaridad, contamos con un elemento adicional: las reglas de la lógica.

En lógica, podríamos establecer el siguiente esquema:

(a) Si tenemos una obligación mancomunada e indivisible, tendríamos que aplicar las reglas de las obligaciones divisibles y de las indivisibles; por tanto, se daría lo siguiente:

642 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 162-167. Con similares expresiones se pronuncia Flores Alfaro (Flores Alfaro, Carlos. «Principio de división de las deudas y créditos». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 197 y 198).

Divisible es lo contrario de no divisible.

Divisible y no divisible:

(D) ^ n(D) = n(D) = I

Es decir, se aplican solamente las reglas de las obligaciones indivisibles.

(b) Si tenemos una obligación mancomunada y solidaria (absurdo), tendríamos que aplicar las reglas de ambas; por tanto, se daría lo siguiente:

Mancomunada es lo contrario de solidaria.

Solidaria es una obligación no mancomunada.

Mancomunada y solidaria; o, lo que es lo mismo, mancomunada y no mancomunada:

(M) ^ n(M) = n(M) = S

Es decir, se aplicarían solamente las reglas de las obligaciones solidarias.

Finalmente, cabe señalar que cuando la prestación es divisible también son divisibles el crédito y la deuda. Éste es, pues, el principio general que regirá en materia de obligaciones y contratos, y es que la ley deberá actuar de manera supletoria sólo en defecto de regulación por las partes a través de principios rectores como el analizado, de modo tal que cuando nos encontremos frente a obligaciones de sujeto plural el principio de divisibilidad será la regla general[643].

643 Es del mismo parecer el profesor Carlos Cárdenas (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pp. 205 y ss.).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de división del crédito o la deuda en partes iguales

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1173

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

El Proyecto de Código Civil de 1890 trata el tema en dos normas, los artículos 1522: «Las obligaciones se denominan divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial; e indivisibles, si las prestaciones sólo pueden ser cumplidas por entero, o si tienen por objeto una cosa, o un hecho que, aunque divisible por su naturaleza, deja de serlo, teniendo en cuenta el modo como lo consideraron los contrayentes»; y 1535: «En la obligación mancomunada no solidaria, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales, cuanto acreedores o deudores hay, si el título que la constituye, no ha establecido partes desiguales entre los interesados, o si de ese título no resulta que el crédito o la deuda se deben dividir a prorrata del interés que cada acreedor, o cada deudor tengan en el negocio, a que se refiere la obligación. Las partes de los diversos acreedores se consideran como otros tantos créditos y las de los deudores como otras tantas deudas, todas distintas entre sí».

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

GUILLERMO CASTILLO FAVRE

ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1201: «Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido».

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

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

2. Análisis

El artículo 1173 del Código Civil peruano establece una presunción acerca de qué se entiende por obligación divisible. Asimismo, cabe señalar que éste se aplica a las obligaciones mancomunadas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182.

La norma bajo análisis establece algunos criterios a través de los cuales la presunción de igualdad de cuotas no se cumpliría.

Así, en el caso de la limitación establecida por la ley, tendríamos, entre otros, al artículo 1347 del Código Civil peruano que obliga a los herederos a satisfacer la cláusula penal en la proporción de su herencia.

Por otra parte, también se hace referencia al título de la obligación, entendiéndosele como el hecho de que las partes puedan ponerse de acuerdo en la forma o proporción en que se van a dividir el cumplimiento de la prestación o la exigencia del crédito. Sobre este particular, Llambías[644] sostiene que «título de la obligación» es el instrumento donde consta la causa de la obligación conjunta.

644 Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. 7.ª edición. Buenos Aires: Perrot, 1981, p. 751.

En este punto, Flores Alfaro[645] señala que

> En realidad existen dos situaciones que permitirán verificar el contenido del título de la obligación, y ambas pueden ser simultáneas. La primera, cuando las personas que conforman una determinada parte (acreedores o deudores) en la relación obligatoria se ponen de acuerdo entre ellas, por ejemplo, acuerdos en el grupo de los acreedores, o en el grupo de los deudores; y, la segunda, cuando ambos grupos (acreedores y deudores) establecen la proporción de sus derechos y responsabilidad en el mismo título. En la primera de las situaciones planteadas, pudiera ser que cada grupo hubiera formalizado, o simplemente acordado internamente, sobre el alcance de sus participaciones, de manera proporcional o no, e inclusive es posible que algunos de ellos figuren de forma simulada para facilitar el pago o la cobranza de la deuda, sobre todo cuando los montos divididos no son proporcionales.

Cabe precisar que el acuerdo de división del crédito entre los acreedores no coincida con el acuerdo de división de la deuda entre los deudores, supuesto en el cual cabría la aplicación del principio contenido en el artículo 1172 del Código Civil, ya analizado.

Finalmente, la norma hace referencia a las circunstancias del caso. Como es evidente, este supuesto contiene tantas explicaciones como casos se puedan presentar.

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

Para ilustrar lo mencionado, vamos a citar un ejemplo.

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

645 Flores Alfaro, Carlos. «Presunción de división alícuota». En AA. VV. *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 202.

Igualmente, cada uno de los acreedores sólo podrá exigir el cumplimiento de la tercera parte de la deuda (veinte mil dólares americanos cada uno), y de manera proporcional respecto de cada uno de los deudores. Y como estos son dos, resultará que cada acreedor sólo podrá exigir a cada deudor el pago de diez mil dólares americanos.

Es de la naturaleza de las obligaciones divisibles y mancomunadas, que cada uno de los créditos o deudas se reputen como independientes entre sí, tal como lo establece la parte final del artículo 1173 del Código Civil. En tal sentido, cada deudor se libera pagando únicamente lo que le corresponde en virtud de la división. En el ejemplo citado, cada deudor se liberará pagando a cada acreedor diez mil dólares americanos, razón por la cual dicho acreedor no podrá exigirle más allá de la mencionada suma, independientemente de si el referido deudor haya o no pagado su deuda a los otros coacreedores.

Es también en esa línea que la jurisprudencia desarrolla sus pronunciamientos, como observamos en la Casación n.° 166-04-Piura, de fecha 14 de diciembre de 2004, que se muestra a continuación: «Presunción de igualdad entre acreedores y deudores. *Sétimo*. Si se tiene que en autos fueron tres las personas demandadas para el pago del resarcimiento indemnizatorio se concluye —en virtud a la presunción contenida en el artículo 1173 del Código Civil— que la imputación al pago procedía de manera mancomunada contra los tres codemandados, de tal forma que cada uno de ellos sólo se encontraba obligado a pagar un tercio del monto solicitado como indemnización de daños y perjuicios. *Octavo*. Considerando que la demanda ha sido dirigida claramente contra tres ex funcionarios a quienes la entidad demandante imputa mancomunidad de sus obligaciones, resulta como consecuencia lógica que cada uno de ellos responda únicamente por la parte que le corresponde, es decir, sólo por el tercio de la obligación».[646]

En materia registral observamos que el Tribunal Registral, como consecuencia de la aplicación del artículo 1173, ha determinado que el acreedor del saldo del precio impago que dio origen a la hipoteca no puede renunciar a constitución de ésta unilateralmente si no se estableció la solidaridad entre los acreedores; así lo señala la Resolución n.° 1814-2019-SUNARP-TR-L, de fecha 10 de diciembre de 2009: «Con relación al tercer extremo de la observación referido a que la renuncia unilateral de hipoteca legal, ha sido efectuada únicamente por J.J. Ingenieros S.A.C., cabe señalar que, efectivamente en la cláusula adicional de la escritura pública sólo se consigna la declaración de renuncia de esta; pero como los acreedores del saldo del precio impago que da origen a la hipoteca legal son dos: J.J. Ingenieros SAC y la sociedad conyugal conformada por Sebastián Husni Sabatini y Amanda Velásquez Jara, no habiéndose pactado la solidaridad, cada uno de los acreedores, conforme al artículo 1173 del Código Civil, concordado con el artículo 1182

646 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 887-888. [Texto correspondiente a la tercera edición]

del mismo código sustantivo, sólo puede exigir su parte de la acreencia, que en el presente caso es directamente proporcional a la participación de cada uno de ellos en el inmueble enajenado, de lo cual resulta que la hipoteca legal garantiza el pago de la parte correspondiente a cada uno de dichos acreedores, siendo que las vicisitudes en las relaciones del deudor con alguno de los acreedores mancomunados no tiene por qué afectar a los demás acreedores. En este sentido, la renuncia a la constitución de la hipoteca legal efectuada por J.J. Ingenieros SAC, sólo surte efectos respecto de éste, manteniéndose la hipoteca legal (más bien la obligación de constituirla) respecto de la sociedad conyugal citada».[647]

Marcadé[648] señala al proceso sucesorio, cuando el causante deje más de un heredero, como el supuesto más frecuente en que nos encontraremos ante una situación donde deba regir similar presunción a la contenida en el artículo 1173 del Código Civil peruano. No obstante ello, anota Marcadé, no necesariamente aplicaremos en este supuesto una división en fracciones iguales respecto de cada uno de los herederos, vale decir, en tantas partes iguales como herederos haya, sino que más bien esta proporción estará referida a la parte por la cual cada uno de los herederos sucede al causante, supuesto en el cual la proporción puede ser diversa a la señalada en el artículo 1173.

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

De otro lado, creemos conveniente analizar algunos supuestos, que, si bien resultan de fácil solución, no es ocioso que sean refrescados.

Se trata del caso en el cual el acto jurídico que originó la obligación fuera nulo o se anulase respecto de alguno o algunos de los deudores o acreedores y no respecto de otros. En tal sentido, como cada uno de ellos tiene un crédito

647 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 364. Consultado en: LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 355. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3321-2013-Lambayeque-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

648 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 520.

independiente con los demás, esta situación no afectará el cumplimiento de la prestación por los deudores cuyos títulos permanezcan válidos, en relación con los acreedores cuyos títulos tengan la misma condición de validez.

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Oposición del beneficio de la división en las obligaciones divisibles y mancomunadas

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1174

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trata el tema en sus artículos 814: «La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor, como si fuese indivisible. La divisibilidad sólo tiene lugar entre sus herederos, que no pueden pedir la deuda, o no están obligados a pagarla, sino a proporción de las partes que les han cabido, o de las que son responsables, como representantes del acreedor o deudor»; 815: «El principio establecido en el artículo anterior tiene su excepción con respecto a los herederos del deudor: 1. En el caso en que la deuda sea hipotecaria. 2. Cuando es de una especie determinada. 3. Cuando se trata de una deuda alternativa de cosas, a elección del acreedor, siendo una de ellas indivisible. 4. Cuando uno solo de los herederos por el título de tal, es encargado de la ejecución de la obligación. 5. Cuando resulta, sea de la naturaleza de la convención, sea de la cosa que es el objeto de ella, o sea del fin que se han propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pueda satisfacerse parcialmente»; y 816: «En los tres primeros casos, el heredero que posee la cosa debida, o el fundo hipotecado a la deuda, puede ser demandado por el total, quedándole a salvo sus recursos contra los coherederos. En el cuarto caso, el heredero gravado con la deuda, y en el quinto, cada heredero puede ser igualmente demandado por el total, salvo sus recursos contra los demás».

Por su parte, el Código Civil de 1852 no registra antecedente alguno sobre el particular; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 sí contempla el tema en su artículo 1530: «Si en las obligaciones divisibles hay muchos acreedores originarios o por sucesión, cada uno sólo tiene derecho para exigir la parte que le toca en la obligación contraída a favor de ellos; y el deudor que la cumple toda entera con un solo acreedor, no queda exonerado de responsabilidad respecto de los demás por lo que les corresponde. Si hay muchos deudores también originarios o por sucesión, cada uno de ellos sólo está obligado respecto de cada

USO EXCLUSIVO MARIO CASTILLO FREYRE

acreedor en cuanto a la parte que le corresponde en la obligación, y puede repetir por el exceso que llegue a pagar, salvo lo dispuesto en el título De la comunidad y de la partición de bienes hereditarios».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no registra antecedentes sobre el tema, al igual que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 y el Código Civil de 1936.

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

2. Análisis

En principio, cabe señalar que la norma bajo estudio también se aplica a las obligaciones mancomunadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil.

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

El segundo supuesto ocurriría en caso de que uno de los codeudores se encuentre poseyendo el bien. Por ejemplo, que tenga en su poder dos grabados idénticos. En tal eventualidad, dicho codeudor no podría oponer el beneficio de la división

y tendría que cumplir con el íntegro de lo que está poseyendo, parte de lo cual posee en nombre propio y parte en nombre de sus codeudores.

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

El segundo supuesto es comentado por Giorgi[649], cuando señala que en el caso de que, luego de acontecida la muerte del deudor, sus herederos hayan procedido a la división y adjudicado a uno de ellos la posesión de la cosa que forma el objeto de la prestación, el acreedor como excepción al principio de la divisibilidad puede requerir al heredero que posee la cosa debida por la totalidad, y este último queda obligado a darla en su totalidad, quedando a salvo la repetición contra los coobligados.

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

Giorgi[650] recoge otro ejemplo de indivisibilidad legal del artículo 445 del Código de Procedimientos Civiles italiano de su tiempo, que prescribía que el actor en el juicio posesorio, en tanto durara aquél, no podía promover el juicio petitorio, salvo que renunciara a los actos y pagara o depositara los gastos. De este modo, precisa Giorgi, si el actor fallecía y dejaba varios herederos, no podía uno de aquéllos pretender la continuación del juicio, pagando sólo su parte; señala que éste es el motivo por el cual el legislador quiso que el obligado, antes de ser arrastrado a otro juicio, quede plenamente seguro e indemnizado en el posesorio, efecto que no puede conseguirse sino con el pago total; y aclara que, aunque el pago de las costas de un juicio sea una obligación divisible, pues tiene por objeto una cantidad en dinero, en el citado artículo 445 tomaba el carácter de una obligación que no se podía dividir, según la intención del legislador. Concluye Giorgi diciendo que, con el propósito previsto en el artículo, por ser cierto que, si el heredero del actor no quería acudir al juicio petitorio, podía muy bien librarse pagando su parte de los gastos.

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

649 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 254.

650 *Idem.*

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

En nuestro concepto, los supuestos del artículo 1174 del Código nacional deben limitarse a prescribir que el beneficio de la división no podrá ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión de la cosa debida, si ésta es cierta y determinada.

En palabras de Giorgi[651], caben en general excepciones al principio de divisibilidad de una obligación, si así se estableciese por contrato o por testamento. Señala el autor citado que sobre el testamento nunca se han generado dudas, pero reconoce que lo contrario ha ocurrido al resolver si por contrato sería lícito a las partes descargar el peso de la obligación sobre uno solo de los herederos del promitente. Recuerda Giorgi que, en Derecho romano, la respuesta no parece dudosa, ni faltan autores, entre los que cita como ejemplo a Delvincourt, que extienden estos principios al Derecho moderno; agrega que Dumoulin y Pothier se dirigen por contrario camino. Señala además que, sin embargo, estos juristas no llegan a sostener que los contratantes, descargando el peso total de la deuda sobre un heredero, puedan privarle del derecho de repetición; se contentan con decir que los contratantes pueden sólo imponerle la total ejecución de la obligación, salvo su repetición contra los codeudores. También nos dice que esto es todo lo contrario de aquello que es lícito al testador, el cual puede, sin duda, echar enteramente sobre un heredero el peso de la obligación, sin repetición contra los demás; como puede adjudicar, sin derecho a repetir de los otros, el beneficio de la obligación a un solo heredero.

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

651 *Ibidem*, p. 256.

Obligaciones indivisibles

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1175

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

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

El Código Civil de 1852 no registra antecedentes sobre la materia.

El Proyecto de Código Civil de 1890 lo trató en sus artículos 1526: «Toda obligación de no hacer es indivisible y en consecuencia sólo el deudor o deudores que han hecho lo que debieron omitir son responsables al acreedor de los perjuicios que le hayan causado, quedando libres de toda responsabilidad los demás codeudores»; 1531: «Si la obligación divisible liga a muchos acreedores con un solo deudor, o a muchos deudores con un solo acreedor, se cumple por partes iguales a beneficio del acreedor en el primer caso, y en el segundo por cada deudor a favor del acreedor, salvo pacto diverso»; 1532: «La obligación que tiene por objeto establecer servidumbre predial, es indivisible»; y 1533: «No puede establecerse obligación indivisible respecto de un objeto que pertenece a muchos, si no consienten todos los condóminos».

Tanto el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, como el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, carecen de antecedentes sobre el tema.

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trató el punto en su artículo 1198: «Se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquéllas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.— Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento

FONDO EDITORIAL DE LA PUCP

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

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

2. Análisis

2.1. Concepto

Al igual que en el caso de las obligaciones mancomunadas, el Código Civil peruano omite definir las obligaciones solidarias, metodología que sí adopta para el caso de las obligaciones indivisibles, a través del artículo 1175. Por tal razón, precisamos fijar el concepto de obligación solidaria, acogiéndolo del «Compendio de Derecho de las Obligaciones» de Cazeaux y Trigo Represas[652], en el sentido de que es aquélla de sujeto plural, en la cual, por voluntad de las partes o de la ley y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, cualquiera de los acreedores puede exigir y a cualquiera de los deudores puede serle exigido el cumplimiento total de la prestación. Debe señalarse que el primer caso sería uno de solidaridad activa y el segundo de solidaridad pasiva.

652 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 650.

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

El Proyecto de Código Civil peruano de 1890, aunque con una introducción defectuosa, sí definía las obligaciones solidarias en su artículo 1541, con el texto siguiente:

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

Por otra parte, y trasladándonos a las obligaciones indivisibles, en estos casos su cumplimiento debe efectuarse de manera integral, no siendo susceptible de fraccionamiento alguno.

Según Luis de Gásperi[653], son obligaciones indivisibles aquéllas cuyas prestaciones no pueden ser cumplidas sino por entero. Citando a Lacerda de Almeida, señala que la indivisibilidad proviene de la imposibilidad de fraccionar la prestación sin destruirla, de satisfacer la obligación prestando cada obligado su respectiva cuota; agrega que no cobra importancia la indivisibilidad sino porque hay concurso de sujetos partícipes o herederos que no pueden liberarse cada uno por sí solo, ya que, si hay un solo deudor, aunque la prestación sea divisible, la obligación debe cumplirse como si fuese indivisible.

Giorgi[654] señala que en el texto romano no existe una noción de la indivisibilidad, siendo poquísimas leyes las que se ocupan de distinguir las obligaciones divisibles de las indivisibles, y estas pocas leyes se encuentran en abierta contradicción entre sí; añade que basta decir que la Ley 27, *De verb. obl.* (XLV, 1), llama divisibles a las obligaciones *fundum tradaere*, poniéndose directamente en contradicción con otras en que las obligaciones de consignar cosas corporales son declaradas divisibles: y nada menos que diecisiete habían llegado a ser, en tiempos de Dumoulin, las conciliaciones propuestas.

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

653 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 136.

654 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 217 y 218.

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

Queremos, en este punto, hacer una mención expresa a las fuentes de la indivisibilidad de las obligaciones en el Perú. El artículo 1175 del Código Civil menciona como causas para que una obligación sea indivisible, cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse. José León Barandiarán[655] sostenía que:

> La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación debe determinarse *seu natura*. Resume Bevilaqua sobre el particular, que son divisibles: las obligaciones de dar, 1) cuando el objeto de la prestación es una suma de dinero u otra cantidad; 2) cuando comprende a un número de cosas indeterminadas de la misma especie, igual al número de los acreedores o de los codeudores, submúltiplo de ese número, como si la prestación es de dar 10 caballos a 10 ó a 5 personas. Las obligaciones de hacer son divisibles si las prestaciones fueran determinadas por cantidad o duración de trabajo. Las de no hacer son divisibles cuando el acto cuya abstención se prometió puede ser ejecutado por partes. Son indivisibles: Las obligaciones de dar cosas ciertas no fungibles; las de hacer, cuyas prestaciones no tuvieran por objeto hechos fijados según cantidad o duración de tiempo; y las de no hacer, cuando el acto cuya abstención se prometió no puede ser ejecutado por partes.
>
> Como enseñan Dernburg y Windscheid, dando un concepto general sobre el asunto, una prestación debe considerarse como divisible en sentido jurídico, cuando ella, sin afectación de su valor, puede ser fraccionada en partes que respectivamente representen al mismo.
>
> El artículo 1208 (se refiere León Barandiarán al Código Civil peruano de 1936) señala como constitutiva de obligación indivisible, la consistente en dar un cuerpo cierto, como cualquiera que por su naturaleza no sea susceptible de cumplimiento parcial. Pothier llamaba indivisibilidad absoluta a ésta

655 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 116 y 117.

que concierne a una prestación que no se concibe que pueda cumplirse de otro modo que no sea en forma integral. Es el caso de dar un cuerpo cierto, que indica la ley. Así también, por ejemplo, es indivisible, por necesidad natural, la obligación dirigida a la constitución de una servidumbre predial.

De otro lado, como enseña Rosendo Badani Chávez[656],

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

2.2. Supuestos de indivisibilidad en el Derecho peruano

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

2.2.1. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley

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

2.2.2. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación

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

656 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 53.

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

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

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

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

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

Debe señalarse, siguiendo a Jorge Joaquín Llambías[657], que se ha discutido sobre si, además de la indivisibilidad objetiva u ontológica de la obligación, existe en el Derecho argentino una indivisibilidad subjetiva o intencional, es decir, referente a un objeto que fuese por su índole susceptible de cumplimiento parcial, pero que quedara excluida esa manera de satisfacer la prestación por la voluntad de las partes; está la doctrina dividida a ese respecto, pues hay quienes afirman que puede haber paralelamente a la indivisibilidad objetiva, material u ontológica, una indivisibilidad subjetiva o voluntaria, dependiente de la intención de las partes, relativa al modo de cumplimiento de la prestación. Así, continúa diciendo Llambías, si ha de entenderse que ellas excluyeron, en cualquier contingencia, una ejecución fraccionada, se impone la conclusión de que la obligación es indivisible, aunque materialmente no lo sea su objeto.

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

657 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 413-415.

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

Para Malaurie y Aynès[658], la indivisibilidad puede ser natural o convencional, precisando que la convencional concierne a una obligación cuyo objeto es perfectamente divisible, pero al que las partes hacen indivisible artificialmente con el fin de obtener algunos resultados. Además, anotan los profesores citados, que la diferencia entre la indivisibilidad natural y la convencional es mínima, puesto que la primera se refiere a una obligación que es indivisible por su naturaleza, en tanto la segunda a una obligación que por su naturaleza es divisible, pero que artificialmente se le califica de indivisible.

A este respecto, Alterini, Ameal y López Cabana[659] advierten que la obligación indivisible por convención de las partes no debe ser confundida con la obligación solidaria, pues la diferencia consiste en que en ésta se tiene en cuenta la estructura del vínculo, lo que no ocurre en la indivisibilidad intencional, que se fundamenta en la finalidad perseguida por las partes con respecto al cumplimiento de la obligación.

En opinión de Colin y Capitant[660], la indivisibilidad produce una situación que se parece mucho a la solidaridad, pero es superior a ella, considerada como garantía para el acreedor, porque escapa al peligro de la división ante los coherederos de uno de los deudores; razón por la cual, en las obligaciones múltiples, en

658 Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, pp. 650 y 651.

659 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 199.

660 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours eléméntaire de Droit Civil français. Op. cit.*, tomo II, pp. 433 y 434.

las que el acreedor busca adquirir el máximo de seguridad, procura estipular que sus codeudores se obliguen solidaria e indivisiblemente.

Queremos señalar, en este punto de nuestro análisis de la indivisibilidad, que el Código Civil peruano distingue —como ha sido precisado por nosotros en su momento— las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, regulando a ambas obligaciones en títulos distintos del libro pertinente. Tal situación, si bien es seguida por la generalidad de cuerpos legislativos de nuestra tradición jurídica, no es unánime. En palabras de Luis De Gásperi[661], hay autores, como Windscheid, y el Código Civil alemán, según los cuales, el concurso plural de sujetos en la obligación comunica a esta solidaridad, activa y pasiva, aun cuando la solidaridad no tenga lugar sino porque la prestación es indivisible, disponiendo el artículo 431 del BGB, que los obligados a una prestación indivisible están sometidos a la obligación como si fuesen deudores solidarios.

Por otra parte, si la obligación fuese divisible y solidaria, primarán, en cuanto al objeto, las reglas de la divisibilidad; pero en cuanto a la exigibilidad y a numerosas consecuencias jurídicas, se aplicarán las reglas de la solidaridad, tal como veremos en cada uno de los supuestos que luego analizamos. *No obstante, si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicarán al caso las reglas de la solidaridad*[662].

Consideramos pertinente señalar que la Casación n.° 4528-2007-Callao, de fecha 24 de noviembre de 2008, ha destacado que una obligación indivisible no es necesariamente una solidaria: «Obligaciones indivisibles. *Octavo.* Al haberse denunciado la inaplicación de las normas que regulan la naturaleza de las obligaciones indivisibles y, que según señala la parte recurrente conllevan a la obligación solidaria, corresponde diferenciar que ambas obligaciones son distintas y una no conlleva necesariamente a la otra, pues las obligaciones indivisibles son aquellas que en su prestación no son susceptibles de división o de cumplimiento parcial ya sea por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse, por lo que no pueden ser cumplidas parcialmente, por lo que al estar relacionada con la forma de prestación de las obligaciones incide directamente con la naturaleza de las cosas, a diferencia de las obligaciones solidarias que están referidas a la manera como se vinculan las partes, en donde por convenio expreso o por disposición legal, la parte acreedora está en la posibilidad de exigir de forma total la prestación a cualquiera de los deudores [...]».[663]

Asimismo, consideramos necesario referirnos a las causas que pueden dar lugar a la solidaridad.

661 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 136 y ss.

662 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

663 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 888. [Texto correspondiente a la tercera edición]

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

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

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

De acuerdo al régimen del Código Civil peruano, si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán a ésta las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177, según el cual la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor (artículo 1181). Sin embargo —como veremos más adelante—, esta norma peca por exceso y también por defecto.

Eduardo B. Busso[664], al referirse a la concurrencia en una obligación de las calidades de indivisible y solidaria, señala que éstas no se excluyen recíprocamente; agrega que una deuda solidaria puede a la vez ser indivisible, bien porque lo sea la prestación prometida, bien porque convencionalmente se la haya sometido al régimen de indivisibilidad. Recuerda Busso que Demolombe señala con toda precisión que la indivisibilidad y la solidaridad, aun siendo distintas, no son incompatibles, sino que pueden acumularse en una misma obligación, conservando cada una de ellas su propio carácter; de modo que para precisar los efectos del vínculo en un caso tal de «entrecruzamiento» de caracteres, bastará con tener en cuenta por separado los efectos particulares de cada uno de ellos; siendo necesaria, sin embargo, la discriminación entre ambas calidades, cuando ellas se acumulan, ya que de no hacerla se caería en la deplorable confusión de conceptos en que incurrió en alguna oportunidad la Corte de Casación francesa, cuando —en un fallo que los autores de ese país criticaron vigorosamente— afirmó que una obligación indivisible, por el solo hecho de serlo, es solidaria, aunque la solidaridad no hubiera sido estipulada.

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

664 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 551.

Otro de los tratadistas importantes que puntualiza la necesidad de evitar toda confusión entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias es Jorge Joaquín Llambías[665], quien resalta la independencia de ambas categorías, señalando que unas y otras responden a una concepción distinta, que lógicamente se refleja en un régimen legislativo diferenciado. No obstante ello, reconoce que es indudable que las obligaciones indivisibles y las solidarias presentan ciertas analogías.

En relación con las analogías y diferencias entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, podemos efectuar la siguiente clasificación, tomando como base al Código Civil peruano, y aclarando, previamente, que en las obligaciones de ambas clases existe pluralidad de sujetos, bien como deudores, bien como acreedores, o en ambas condiciones simultáneamente; que la causa del origen de la deuda o de la acreencia de todos es la misma; que es el mismo objeto el que deben todos los deudores o el que constituye la acreencia de todos los acreedores; y que existe pluralidad de vínculos entre los diversos sujetos de la relación obligacional, sea ésta pasiva o activa.

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

Son propios de las obligaciones solidarias los preceptos consignados por los artículos 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204.

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

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

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

2.3. Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles

El artículo 1181 del Código Civil peruano, constituye, a nuestro entender, una norma sumamente válida, ya que su finalidad es la determinar nítidamente las más importantes consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. En

665 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 560 y 561.

este tema el Código peruano está a la avanzada, pues no es usual que los cuerpos legislativos contengan tales precisiones.

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

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

En segundo lugar, podemos afirmar que existen determinados preceptos de las obligaciones solidarias, que, por su naturaleza, también resultan indispensables para la solución de problemas susceptibles de plantearse en las obligaciones indivisibles, obligaciones que no contienen normas propias respecto de esos temas particulares.

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

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

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

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

Pero en relación con el resto de normas, la situación que legislativamente es solucionada por el segundo párrafo del artículo 1181, en la práctica ofrece algunos inconvenientes adicionales.

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

Luego de efectuar un minucioso análisis de cada una de las reglas de las obligaciones solidarias, que en virtud de lo dispuesto por el referido segundo párrafo del artículo 1181 se aplicarían a las obligaciones en que concurran las calidades de indivisible y solidaria, llegamos a la siguiente conclusión: no todas las normas de las obligaciones solidarias son susceptibles de aplicarse al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, ya que en dichos casos, por la naturaleza de indivisible de la obligación, lo propio sería regularlas por los preceptos de la indivisibilidad.

Así vemos que el artículo 1187, norma propia de la solidaridad, no rige cuando una obligación es a la vez indivisible y solidaria, ya que, en este caso, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, va implícito que al aplicarse el artículo 1177 se deja de lado el artículo 1187, pero ello no se señala con claridad suficiente. Aunque este principio jurídico, sin duda, es absolutamente idóneo.

No sucede lo mismo con relación al artículo 1189, referido a la posibilidad de que uno de los codeudores practique con el acreedor común una novación, una compensación, una condonación o una transacción respecto de la obligación, pero limitándose a la parte de dicho codeudor. Como regla, propia de la solidaridad, no sería posible aplicarla a las obligaciones de prestación indivisible, pues no pueden negociarse parcialmente dichos actos, dada la naturaleza de la prestación.

Lo propio ocurre con el segundo párrafo del artículo 1190, norma de la solidaridad activa, cuando se ubica en el supuesto de que tales actos hubieran sido realizados entre el deudor común y uno de los acreedores, pero limitándose a la parte que corresponda a este último.

En relación con el artículo 1191, precepto propio de la solidaridad, al establecer que la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o deudor, ella deviene en incompleta y no regula el tema contemplando la naturaleza propia de las obligaciones indivisibles. En tal sentido, el artículo 1191, para el caso de las obligaciones indivisibles y solidarias, nos parece incompleto e insuficiente, razón por la cual consideramos necesario aplicar a éstas lo dispuesto por los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, que sí rigen de manera adecuada el tema de la consolidación en las obligaciones indivisibles.

Además, observamos que el artículo 1200, norma propia de la solidaridad, deviene en inaplicable cuando nos encontramos en presencia de una obligación que reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria, pues en este caso, dada la

naturaleza de la indivisibilidad, resultaría imposible que el acreedor renunciara a la indivisibilidad en favor de uno de los deudores, salvo que se tratara del caso de una indivisibilidad por pacto.

Lo mismo ocurre con el artículo 1201, norma propia de la solidaridad, que regula el supuesto del acreedor que renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, cuando alguno de los otros fuese insolvente, precepto que, a todas luces, resulta inaplicable si la obligación es, además de solidaria, indivisible, con la salvedad de la indivisibilidad contractual, también susceptible de renuncia.

Luego de haber visto los preceptos de solidaridad que no pueden aplicarse cuando una obligación es además indivisible —no obstante lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181—, nos corresponde señalar que tal como lo hemos dejado entrever anteriormente, existen determinados preceptos de las obligaciones indivisibles que deberían ser de aplicación a una obligación cuando reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria.

En primer lugar, el artículo 1177, relativo a la manera o condición en que se hereda la indivisibilidad, norma que acertadamente incluye el artículo 1181 del Código Civil en su segundo párrafo y que desplaza, como ha sido anotado, al artículo 1187, precepto propio de la solidaridad.

Adicionalmente, como dijimos en su momento, consideramos que deberían también aplicarse a las obligaciones que simultáneamente sean indivisibles y solidarias, los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, preceptos propios de las obligaciones indivisibles, los que desplazan, por incompleto e insuficiente, al artículo 1191, que debe ser privativo de la solidaridad.

En tal sentido, creemos que hubiese sido apropiada la siguiente redacción para el artículo 1181:

> Artículo 1181.- Las obligaciones indivisibles se rigen por *sus propias normas* y por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.
>
> Si la obligación indivisible es solidaria, *se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso, lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201.* (La cursiva es nuestra).

2.4. Las obligaciones solidarias y otras clases de obligaciones

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Recuerda Héctor Lafaille[666] que el principio nace del Derecho romano, donde se daba en la estipulación plural por el concurso simultáneo de dos o más coestipulantes y de dos o más copromitentes, llamados cada cual de éstos a responder a la interrogación aislada y sucesiva de aquéllos. En tal sentido, el citado autor precisa que la Ley 61 de Toro y la Novísima Recopilación (Libro X, Título Primero, Ley 10), recogieron la regla que también se mantuvo en el *droit coutumier* anterior al Código Napoleón, tal como lo hace notar Domat en sus *Loix civiles*.

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

2.4.1. Las obligaciones *in solidum* o concurrentes

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

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

En tal sentido, Llambías[667] señala que las obligaciones concurrentes son las mal llamadas obligaciones *in solidum*. Consisten en obligaciones que presentan un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor; así, las obligaciones que pesan sobre el culpable de un incendio y sobre la compañía aseguradora que asumió el riesgo de la cosa asegurada contra incendio. Hay un solo acreedor que es el dueño de la cosa incendiada; un mismo objeto, la reparación del daño producido en la cosa por el incendio; una distinta causa de ambas obligaciones, que para el culpable del incendio es el hecho ilícito y para el asegurador el contrato de seguro; y dos deudores diferentes: el autor del hecho ilícito y el asegurador.

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

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

666 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 213.

667 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 563-565.

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

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

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

Precisa Llambías que algunos autores, para evitar esa confusión, sugieren denominar «indistintas» a las obligaciones llamadas *in solidum*; habría así, por un lado, obligaciones solidarias y, por otro, obligaciones indistintas. Empero, la calificación «indistinta», que sólo quiere decir «que no se distingue de otra cosa», es impropia y equívoca, pues denota que no habría distinción entre las obligaciones que pesan sobre los varios obligados, cuando exactamente son obligaciones distintas —y no indistintas— las del principal y las del empleado, las del incendiario y las del asegurador, las del ladrón y las del comodatario, las del autor de un daño y las del dueño de la cosa empleada para causar ese daño, etcétera.

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

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

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

Los profesores franceses Alex Weill y François Terré[668], señalan que los tribunales de su país combatieron la idea del mandato recíproco en las obligaciones que surgían para varios deudores como fruto de un delito civil o penal.

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

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

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

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

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

Pero los profesores citados señalan que esta explicación no es nada satisfactoria. Si fuera exacta, debería aplicarse tanto en el caso del delito penal, como en

668 Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 935-937.

el caso del delito civil (responsabilidad civil extracontractual). Aun con esto, el artículo 55 del Código Penal francés es formal: esto es cuestión de la solidaridad. Weill y Terré creen que la admisión de la obligación *in solidum* traduce el deseo de la jurisprudencia de evadir las normas estrictas de la ley, ya sea en algunos casos reconociendo que hay solidaridad mientras que ningún convenio o texto la estipularon, ya sea descartando en los demás los efectos muy extendidos que incluyeron el Código o la misma jurisprudencia en la solidaridad.

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

2.4.2. Las obligaciones disyuntivas

Según explican Cazeaux y Trigo Represas[669], este tema ha provocado en la ciencia jurídica muchas vacilaciones. Las dificultades empiezan con su denominación. Colmo y Lafaille las llaman obligaciones «disjuntas». De Gásperi sostiene que la palabra correcta es «disyunta». Busso y Gutiérrez y Gonzales las denominan indistintamente de una y otra manera. El Diccionario de la Real Academia le da la razón a De Gásperi, correspondiendo, pues, llamar disyuntas o disyuntivas a estas obligaciones.

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

Para el profesor Llambías[670], la pluralidad de sujetos puede ser conjunta o disyunta. La pluralidad es conjunta cuando hay concurrencia de acreedores o deudores en una misma obligación. Es disyunta, si la presencia de varios acreedores o deudores es excluyente entre sí, de manera que la obligación de uno descarta la de otro: habiendo, pues, una falsa pluralidad porque no hay coexistencia de pretensiones o deberes. Lo que ocurre en la obligación disyuntiva es que el único sujeto, activo o pasivo, está provisionalmente indeterminado dentro de una pluralidad de sujetos posibles. Cuando la elección se produzca quedará determinado el sujeto singular de la obligación.

669 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 700.

670 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 370.

El maestro De Gásperi[671] nos dice que, como acertadamente lo observa Felipe Sánchez Román: «[...] la primera necesidad que ha de satisfacerse en la exposición de esta doctrina, es la de fijar el sentido gramatical y jurídico de las palabras que le son peculiares».

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

Señala De Gásperi que el Derecho francés anterior al Código, afectado por la influencia del Derecho de Justiniano, no aplicó a las obligaciones «disyuntivas» el sentido que podía venirles de la función gramatical de la partícula, sino el sentido de la oración y de las circunstancias. En el Derecho, dice Merlin, disyuntiva se toma algunas veces por la conjuntiva, y ésta por la primera, según las circunstancias. Es lo que nos enseña la ley 13, D. *de verborum significatione*; y la ley 4, C. *de rerum et verborum significatione*. Por ejemplo —dice De Gásperi—, si se dice en un testamento que un padre y sus hijos son instituidos herederos, esta partícula «y» sería considerada como una disyuntiva, en el sentido de que los hijos no estarían nombrados para recoger la herencia sino en defecto del padre, según el orden de las sucesiones, diciéndolo así Guypare y Despeisses. La cosa sería diferente si estuviera dicho que los hijos han sido instituidos herederos con su padre, la conjunción «y» sería tachada y ellos se partirían.

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

Precisa el citado autor que estas especies de disposiciones, a entender de Toullier, habían ocasionado grandes controversias entre los antiguos jurisconsultos romanos.

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

Recuerda De Gásperi que, para Salvat, la aplicación de las obligaciones disyuntas es poco menos que nula. Colmo, por el contrario, enseña que, si la disyunción no era antes de ahora frecuente, en cambio hoy ha adquirido auge en los países de vida económica intensa, con la costumbre de hacer depósitos bancarios,

671 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 4 y ss.

de acciones de sociedades anónimas, títulos al portador, etcétera, «a orden recíproca» del depositante o de su cónyuge, de suerte que cualquiera de ellos puede, en caso de fallecimiento del otro, por ejemplo, ejercer el correspondiente derecho.

En opinión de De Gásperi, las obligaciones disyuntas no deben, pues, confundirse con las solidarias, con las que no tienen de común sino el pago por entero de la deuda. Lacerda de Almeida, tratando de destacar la diferencia que las separa, enseña que, por oposición con los acreedores o deudores solidarios, los disyuntos son entre sí completamente extraños, y como que se excluyen y se anulan el uno por el otro. De esta suerte —señala—, no pueden los deudores disyuntos ser conjuntamente demandados, ni subsidiariamente el uno por el otro. Demandado uno de ellos, queda extinguida y desaparece la obligación de los otros. Tampoco ninguno de los acreedores puede pretender que se le prefiera a otro; en este caso, la elección corresponde al deudor, del mismo modo que entre deudores disyuntos, la elección pertenece al acreedor.

Para Rezzónico[672], la pluralidad disyunta o alternativa ocurre si los sujetos activos o pasivos de la obligación, o unos y otros, aparecen vinculados en ésta por la conjunción disyuntiva «o», o por una fórmula o expresión equivalente, como si se dijese: «Pagaré a Fulano o a Mengano»; si Pedro debe mil dólares a Juan o Diego; si Juan o Pedro deben a Diego tal cosa; si Juan o Pedro deben tal prestación a Diego o Luis; o en el caso frecuente de los depósitos bancarios «a la orden alternativa, recíproca o indistinta» de dos o más personas que pueden retirarlos íntegra e indistintamente, aunque una de ellas muera, pues se consideran sometidos al régimen de las obligaciones solidarias.

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

Anota Rezzónico que el Derecho romano justinianeo resolvió en materia de institución de herederos, legados o fideicomisos, que las obligaciones disyuntas estaban equiparadas a las conjuntas y que las conjunciones «o» e «y» debían tomarse como equivalentes. Después —agrega—, ese criterio fue abandonado, y las legislaciones y los autores modernos siguen la teoría de Pothier, quien cita como ejemplo de obligación solidaria que nace de una disposición testamentaria, la que está concebida en estos términos: «Mi heredero donará a los carmelitas o

672 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, pp. 584 y ss.

a los jacobinos la suma de cien libras». El heredero —agrega Pothier— no debe, en este caso, sino una sola suma, pero la debe por entero a cada uno de los dos conventos, que son coacreedores solidarios; de modo que el pago de esta suma que él haga a uno de los dos conventos, le liberará respecto de ambos. El ilustre romanista entendía —según Rezzónico—, que en tales situaciones existía solidaridad pasiva y sometía las obligaciones disyuntas o de sujeto alternativo al mismo régimen de las solidarias.

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

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

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

En opinión de Boffi Boggero[673], la obligación «disyunta» es semejante, con referencia al vínculo, a la obligación alternativa. Mientras en la primera hay más de un sujeto y una sola prestación, en la alternativa puede haber sujeto singular, pero siempre hay prestaciones múltiples en el título.

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

Por otra parte, diremos que para el profesor Llambías[674] son obligaciones disyuntivas o de sujeto alternativo las establecidas a favor de un acreedor indeterminado entre varios sujetos determinados, o a cargo de un deudor indeterminado entre varios sujetos, también determinados, como sería el caso de si se estipula que «A» o «B» paguen cien dólares a «C»; o que «X» pague esa suma a «Y» o «Z».

673 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 486 y ss.

674 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo II-A, p. 373.

Para Alterini, Ameal y López Cabana[675], en las obligaciones disyuntivas los sujetos se vinculan por la conjunción «o» —u otra semejante—, excluyéndose entre sí, de tal forma que, una vez determinado quién es el acreedor o el deudor —según se trate de disyunción activa o pasiva—, los restantes quedan eliminados del nexo obligacional con retroactividad al tiempo del nacimiento de la deuda, como sería el caso dé si D o E le deben a A cinco mil soles; si D es elegido como sujeto pasivo de la obligación, E queda totalmente eliminado, como si nunca hubiese sido deudor.

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

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

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

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

(c) Hay unidad de causa.

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

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

2.4.3. Las obligaciones conexas

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

Anota Messineo[676] que se llaman conexas (y no se identifican con las divisibles) a las obligaciones cuando sean más de una (mientras que, en el caso de la obligación divisible, la obligación es una sola), y estén ligadas entre sí por algún nexo lógico.

675 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 179 y ss.

676 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 424.

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

2.4.4. Las obligaciones parciarias

Díez-Picazo y Gullón[677] mencionan una categoría de obligaciones: las parciarias; pero no efectúan mayores precisiones al analizarlas.

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

Debemos precisar que, para los autores citados, las obligaciones parciarias son distintas de las mancomunadas, de las que luego se trata.

Por otra parte, el profesor Francisco de Asís Sancho Rebullida[678], distingue también a las obligaciones mancomunadas de las parciarias.

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

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

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

677 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, p. 191.

678 Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Estudios de Derecho Civil*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978, tomo I, pp. 165 y 166.

Sin embargo, el profesor italiano Alberto Trabucchi[679] considera a las obligaciones parciarias como sinónimas de las obligaciones mancomunadas y las trata por oposición a las obligaciones solidarias.

Señala el citado tratadista que, en las obligaciones con varios sujetos, siendo la prestación divisible, deberá distinguirse según que el deber de cumplirla incida sobre cada uno de los obligados *pro rata*, o bien sobre cualquiera de ellos *pro toto*. Correspondientemente, siendo varios los acreedores, puede reconocerse el derecho de exacción a favor de cada uno de ellos por su parte, o a favor de cualquiera por entero. La obligación se llama parciaria (mancomunada) —precisa Trabucchi— cuando todos tienen únicamente una obligación o derecho proporcional a su participación en el vínculo obligacional; se dice que la obligación es solidaria activa cuando existiendo varios acreedores cada uno de ellos tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación (*singulis solidum debetur*) y, por el contrario, la solidaridad será pasiva cuando cualquiera de los deudores venga obligado a cumplir la prestación *pro toto* (*singulis solidum debent*).

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

2.4.5. Las obligaciones parciales

Messineo[680] hace referencia al tema de las obligaciones parciales, pero de su lectura podríamos interpretar que éstas no son cosa distinta a las obligaciones mancomunadas.

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

Agrega el citado tratadista italiano que un ejemplo nos lo da el coaseguro respecto de los diversos coaseguradores.

Por último, el referido profesor precisa que otra cosa es, como se sabe, el cumplimiento parcial, o por cuotas, por parte del único deudor; siendo diversa de la obligación solidaria y de la obligación parcial (donde entran, en el nexo obligatorio, varios sujetos activos o pasivos) la obligación con un solo sujeto activo y con un solo sujeto pasivo (subjetivamente simple).

679 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 29.

680 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 415.

Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1176

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

Ya dentro de la República, el artículo 1176 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regula el tema en su artículo 158: «Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor o los deudores, en su caso, quedarán desobligados pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo de fianza»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hace en el artículo 150: «Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor o los deudores, en su caso, quedarán desobligados pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo la fianza para los efectos del artículo siguiente»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1193: «Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor quedará desobligado pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo la fianza»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1203: «Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor quedará desobligado pagando a todos los acreedores conjuntamente o a alguno de ellos bajo fianza».

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

2. Análisis

Como una obligación de prestación indivisible debe ser ejecutada íntegramente, y no podrá serlo de otra manera, resulta consecuencia lógica de este principio que cualquiera de los acreedores pueda exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la prestación, tal como lo prescribe el primer párrafo del artículo 1176 del Código Civil peruano.

De esta norma se deriva que cualquier acreedor, algunos de ellos o todos los acreedores puedan exigir el íntegro de la prestación a cualquier deudor, a algunos de ellos o a todos los deudores.

Éste es uno de los puntos de concordancia entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. El precepto contiene uno de los efectos naturales de la indivisibilidad, ya que la prestación no puede fraccionarse, ni sería susceptible de cumplirse por partes. Sin embargo, como enseña Héctor Lafaille[681], en las prestaciones de no hacer el único responsable es el deudor que faltó al deber de abstención, en la misma medida en que el pago es eficaz, aunque provenga de un solo obligado.

681 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 205.

A su turno, Alterini, Ameal y López Cabana[682] señalan que en virtud de la naturaleza de la prestación que es contenido de la obligación indivisible, cualquiera de los acreedores originarios, o quienes lo sean por sucesión o por contrato, puede exigir a cada uno de los codeudores o sus herederos el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible. Agregan que la exigibilidad total del crédito por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores se fundamenta en la índole de la prestación debida, que no admite fraccionamiento, con prescindencia de la voluntad de las partes.

De otro lado, Borda[683] precisa que en la obligación indivisible cualquiera de los codeudores debe pagar y cualquiera de los coacreedores está facultado para percibir la integridad del crédito, razón por la cual el pago efectuado por uno de los deudores propaga sus efectos, cancelando la obligación para todos los demás, que quedan liberados respecto del acreedor, estando todo codeudor facultado para pagar a cualquiera de los coacreedores. Así, pues, la solución anotada no podría ser otra, ya que las obligaciones indivisibles no son susceptibles de pago parcial; ello, naturalmente, a menos que se trate de una indivisibilidad ficticia impuesta por acuerdo de partes y que sean esas mismas partes las que acuerden que el pago se realice de manera divisible.

Por otra parte, cabe señalar que el Código Civil peruano, a través del artículo 1176, no ha recogido el denominado «principio de prevención», según el cual si un acreedor hubiese planteado previamente una demanda contra quien efectúa el pago a otro acreedor que no ha demandado o que ha demandado después, dicho pago sería inválido.

El «principio de prevención», aplicable a las obligaciones indivisibles y, particularmente, a las obligaciones solidarias, ha merecido un estudio detallado por algunos autores, entre ellos por Eduardo B. Busso[684], quien afirma que a través de éste el acreedor que demanda el pago evita que el deudor pague el crédito a cualquiera de los coacreedores. Así, si los derechos de varios acreedores son equivalentes, se considera justo dar preferencia al que haya demostrado mayor diligencia; mientras que, por otra parte, un acreedor puede tener interés en evitar que un compañero insolvente cobre todo el crédito, punto para el cual la prevención es una garantía en ese sentido.

Por otro lado, el propio Busso[685] indica, respecto de la naturaleza jurídica de la prevención, que ésta importa, por parte del acreedor que la ejerce, una toma de posesión del crédito común, siendo semejante, en cuanto impide cualquier acto de disposición por parte de los otros acreedores, a un embargo que inmovi-

682 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 200 y 201.

683 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 448 y 449.

684 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 618 y 619.

685 *Ibidem*, p. 619.

liza el crédito en favor del acreedor preveniente, y que bajo uno u otro aspecto, la prevención funciona como una garantía, que en palabras de Demolombe se podría graficar como si el acreedor demandante pensara que «más vale tener que correr».

Agrega Busso[686] que promovida la demanda y notificada al deudor, no podría éste, hacer pago de la deuda a otro de los acreedores, ya que este pago no sería liberatorio. En tal sentido, la regla indicada es absoluta, lo que significa que el deudor no podría hacer ni siquiera pagos parciales a los acreedores no demandantes por la parte que a ellos correspondiera en el crédito, porque el acreedor que lo demandó ha reclamado el todo y no incumbe al deudor inmiscuirse en la forma en que los titulares deban repartirse el crédito.

Podemos decir, siguiendo al tratadista argentino[687], que de la obligación indivisible se sigue una consecuencia respecto de las relaciones de los deudores entre sí: pendiente la obligación, cualquiera de ellos podría reclamar la adopción de medidas precautorias cuando la conducta de uno de sus compañeros creara el peligro de incumplimiento.

Como se sabe, en las obligaciones solidarias la exigibilidad total de la obligación deriva de la voluntad o de la ley, en tanto que en las obligaciones indivisibles usualmente deriva de la naturaleza de la prestación, aunque excepcionalmente puede originarse en la voluntad o en la ley. En las primeras, si no existiera una expresa manifestación de voluntad o una disposición legal, la obligación sería simplemente mancomunada y debería dividirse entre acreedores y deudores, a diferencia de las segundas, que no pueden dividirse porque el objeto de la prestación no es susceptible de división ni de cumplimiento parcial. Esta es, pues, la distinción fundamental entre unas y otras obligaciones.

> En la obligación solidaria cada uno de los codeudores puede ser constreñido por la totalidad, sin que tenga el recurso de pretender imponer al acreedor un pago parcial por su parte; el beneficio de la división se le rehúsa a los codeudores solidarios, de suerte que cada uno de ellos está expuesto a hacer el anticipo del monto íntegro de la deuda y a que el pago así efectuado libere, por lo menos con relación al acreedor, a todos los codeudores. Los codeudores solidarios lo son *in solidum*, por el todo[688].

Como enseña León Barandiarán[689]:

> No debe, en efecto, olvidarse que la solidaridad pasiva es un beneficio de que disfruta el acreedor que tiene ante sí a una pluralidad de deudores, cada uno por el todo; de suerte que a su arbitrio puede escoger a uno, a algunos,

686 *Ibidem*, p. 620.
687 *Ibidem*, p. 618.
688 *Ibidem*, pp. 619 y 620.
689 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 135 y 136.

o a todos, para exigir el pago. La elección la podrá hacer, por ejemplo, escogiendo al deudor que sea más solvente, o cuya deuda esté garantizada.

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

Cabe advertir que, en el Derecho romano clásico, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los codeudores solidarios, no podía después hacerlo contra los otros; se entendía que la *litis contestatio* trabada con el deudor demandado producía la novación de la obligación primitiva y, por consiguiente, extinguía la obligación de los codeudores. En el sistema del Derecho romano clásico, el acreedor se colocaba en la necesidad de hacer una elección definitiva del deudor al tiempo de promover su acción, cuando todavía no conocía la solvencia del elegido; si el deudor elegido resultaba insolvente, el acreedor debía soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo tanto, a colusiones entre los codeudores, quienes eventualmente procuraban engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

A decir de Luis de Gásperi[690], en el Derecho romano cada uno de los *correi stipulandi* era considerado individualmente como acreedor único que obraba por su sola cuenta, de tal manera que en sus relaciones con el deudor no sólo podía demandar el pago de la totalidad del crédito, sino también disponer de él por remisión o por otra manera, de suerte que, extinguido de cualquier modo el crédito en la persona de uno de ellos, se le reputaba igualmente extinguido respecto de los otros; y en sus relaciones con sus coacreedores, el que había recibido la totalidad del crédito no quedaba obligado a partirlo con los otros, sin perjuicio para éstos del derecho a demandar su parte, fundados en una convención o en la comunidad de sus intereses, como la que nace de la sociedad.

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

El Código Civil peruano de 1984 no exige que se compruebe o declare la insolvencia del codeudor demandado como condición necesaria para demandar a los otros. La doctrina contraria fue severamente criticada por Bibiloni en su Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino de 1929, por considerar que dicha exigencia resultaba sumamente compleja y con una probanza que puede llegar a ser muy laboriosa, alimentando un incidente en que se puede refugiar la mala fe. En opinión de Bibiloni, basta con el incumplimiento de la obligación por efecto de la demanda para justificar la acción contra los demás codeudores.

Eduardo B. Busso[691] anota, por otra parte, que la circunstancia de sobrevenir la insolvencia entorpece la acción del acreedor, cuando lo lógico es facilitarla,

690 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 68.

691 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 132 y 133.

dado que demuestra ser más necesaria que nunca la garantía que la solidaridad debe brindar al acreedor; considera esta limitación al derecho del acreedor como un absurdo, ya que éste hubiera visto mejor garantizado su crédito, en muchos casos, sin la solidaridad de la deuda. Así, la razón de la solidaridad pasiva es la de aumentar la garantía del acreedor de hacer efectivo su crédito, pues tiene el derecho de elegir entre muchos deudores al más solvente, siendo la demanda el mejor medio de conocer la solvencia de éste; y añade que, si se obliga al acreedor a hacer una elección definitiva antes de iniciarla, se le expone a sorpresas peligrosas, ajenas en absoluto al fin de la solidaridad.

Ratificando el principio peruano, Jorge Eugenio Castañeda[692] señala que es lícito que el acreedor pueda dirigir su acción contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o escoger dentro de todos los deudores a alguno o a algunos. De esta forma el acreedor queda a cubierto de la insolvencia del deudor, pues siempre podrá dirigir su acción por el todo contra alguno de los obligados que sea solvente, pudiendo, incluso, acumular su pretensión contra el deudor que él elija, sin necesidad de dividir el crédito, lo que le representa una evidente facilidad de cobro[693].

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

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

En opinión de Giorgi[694], todo esto se precisa para eludir los equívocos que pudieran derivar del uso inoportuno de las antiguas reglas y doctrinas, pues habiéndose convertido en precepto legal el principio de la no existencia del beneficio de división entre los deudores, no da lugar a controversias en el Derecho moderno.

En el Código Civil peruano de 1984 si la obligación es indivisible y mancomunada, se aplica directamente el primer párrafo del artículo 1176, antes transcrito.

Si la obligación indivisible también es solidaria, se aplican las reglas de la solidaridad, conforme al segundo párrafo del artículo 1181, el cual establece que

692 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, p. 257.

693 Ver también Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 217 y 218.

694 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 136.

«Si la obligación indivisible es solidaria se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177». *Esto, con las salvedades ya hechas al respecto y que desarrollaremos en nuestro análisis del artículo 1181 del propio Código*[695].

Y la regla de la solidaridad para el caso bajo análisis, que también se aplicaría si la prestación fuese divisible, prescribe en el artículo 1186 lo siguiente: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.— Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo».

En ambos casos, esto es en el de la indivisibilidad y en el de la solidaridad, ninguno de los codeudores se liberaría si no se hubiese ejecutado íntegramente la prestación. Resulta evidente, además, que el acreedor o los acreedores podrían dirigirse contra cualquiera de los deudores, tanto en la solidaridad, como en la indivisibilidad, mientras no se haya pagado la totalidad de la prestación, puesto que en ambos casos el deudor o deudores se encuentran obligados por el íntegro. Consecuencia de ello es que mientras no se pague el íntegro, se sigue obligado.

Sin embargo, cabe anotar que una diferencia fundamental respecto del cumplimiento en las obligaciones indivisibles y en las solidarias es que en las primeras el deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación (segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil), restricción que no existe en el caso de las obligaciones solidarias de acuerdo con lo previsto por el artículo 1185, cuyo texto es el siguiente: «El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno». Esta situación se basa —remotamente— en la ya superada teoría de la representación, la que es reseñada por León Barandiarán[696].

Las normas de los artículos 1176, segundo párrafo (relativo a las obligaciones indivisibles), y 1185 del Código Civil peruano (relativo a las obligaciones solidarias), están destinadas, en consecuencia, a regular el pago en las obligaciones indivisibles y solidarias.

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

La razón que explica este distinto tratamiento es simple.

En el caso de las obligaciones indivisibles que no son solidarias, vale decir, en las obligaciones indivisibles de carácter mancomunado, es evidente que la manera

695 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

696 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 127-131.

en que se encuentran ligados los diversos acreedores entre sí, usualmente obedece a la naturaleza de la prestación. Dicho en otras palabras, en estos casos la rigidez de la indivisibilidad frecuentemente está determinada por razones naturales, ajenas a la voluntad. Es por ello que la severidad en las obligaciones indivisibles, respecto a los codeudores, no constituye un anhelo legislativo. Tal severidad, por lo general, es consecuencia de la naturaleza jurídica de la institución. Sin embargo, cuando ella nace por voluntad de las partes, son éstas las que han querido otorgarle tan severas características. Y cuando nace de la ley sí se trata, por la fuerza de determinadas circunstancias, de una imposición del legislador.

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

La garantía a la que alude el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, en relación a las obligaciones indivisibles, podrá ser personal o real. Al respecto el Código no formula mayores precisiones. Podría estar constituida, inclusive, por una garantía otorgada por terceros, como por ejemplo una fianza satisfactoria y suficiente para cautelar los intereses del deudor que paga en relación a los demás coacreedores que no cobran en ese momento.

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

En suma, los principios enunciados obedecen a que, en la generalidad de los casos, la indivisibilidad responde al objeto de la obligación, mientras la solidaridad se determina por la forma de obligarse, salvo las situaciones excepcionales en que la solidaridad es impuesta por la ley. Somos enfáticos al reiterar que, en el caso de las obligaciones indivisibles y mancomunadas, resulta fundamental que el deudor que paga exija al acreedor que recibe el pago, el otorgamiento de la garantía establecida por el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, ya

EXTRACTO GRATUITO

que, caso contrario y en la eventualidad de que el acreedor que recibe el pago no cumpliera con compartir la prestación con sus coacreedores, el deudor se vería expuesto a efectuar un doble pago respecto a estos últimos.

Por cierto, los casos previstos en el parágrafo anterior resultarán, en la práctica, de escasa ocurrencia, pues se entiende que por lo general todos los acreedores se encuentran interesados en exigir conjuntamente la ejecución de la prestación debida y, a su turno, el deudor no pagaría sino a todos, la prestación. Por ello, tales casos serían susceptibles de ocurrir tan sólo en situaciones excepcionales o de imposibilidad temporal o absoluta de alguno o algunos de los coacreedores de prestación indivisible para recibir el pago, como sucedería por enfermedad, viaje, ausencia (causas temporales) o muerte (causa definitiva), hipótesis esta última en que los titulares serían todos los herederos del acreedor que falleció; pero si hubiese disputas, o simplemente incuria, para acreditar la condición de herederos, podría entrar en juego el artículo 1176, última parte, del segundo párrafo del Código Civil.

También aclaramos que el problema de la herencia sería de sencilla solución si se presenta el caso de la solidaridad entre acreedores, o solidaridad activa, porque aquí el tema se resolvería fácilmente con el pago a cualquiera de los coacreedores sobrevivientes o, de fallecer alguno de ellos, con el pago a todos sus herederos, por estirpe, de acuerdo con el artículo 1187 del Código Civil, el cual establece que: «Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.— Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios».

No está demás señalar, sin embargo, junto a León Barandiarán[697], que:

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

697 *Ibidem*, p. 134.

Además, a entender de Giorgi[698], el acreedor no podrá rehusar el pago íntegro ofrecido espontáneamente por uno de los codeudores, pretendiendo el pago parcial por cada uno de aquéllos.

Como lo hemos señalado, el artículo 1185 del Código Civil peruano deja de lado el principio de prevención, por el cual el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, las partes podrían pactar, al momento de constituir la obligación, que regirá entre ellas dicho principio en virtud de la autonomía de la voluntad que inspira toda obligación.

Antes de concluir, consideramos conveniente reiterar algunos conceptos respecto a dicho principio. Señala Luis de Gásperi[699] que no están de acuerdo los autores sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la *litis contestatio* romana, según los cuales, una vez que uno de los dos *rei stipulandi* había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la *litis contestatio* extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la *actio judicata*.

Ahora bien, y tal como antes lo expresamos, si la obligación fuese simultáneamente indivisible y solidaria, el pago efectuado a uno de los coacreedores por parte del deudor común (o codeudores comunes) liberaría al deudor (o codeudores comunes), sin necesidad del otorgamiento de garantía alguna.

Ésta es la solución que consideramos lógica, ya que tendríamos en conflicto dos normas: una que nos exige el requisito de la garantía (el artículo 1176, última parte del segundo párrafo) y otra que no lo exige (el artículo 1185); pero como este último precepto libera de aquel requisito, es lógico que él prevalezca. Además, habiéndose pactado la solidaridad o estableciéndola así la ley, se ha querido otorgar a la obligación un régimen especial o distinto al que rige, en principio, para las obligaciones con pluralidad de sujetos, esto es, la mancomunidad. Adicionalmente, así lo ordena la ley a través del artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil.

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

698 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 149.

699 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 82 y 83.

Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1177

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en sus artículos 817: «Cada uno de los que han contraído juntamente una deuda indivisible, es responsable al total, aunque la obligación no sea mancomunal: lo mismo sucede con los herederos»; 818: «Cualquiera de los herederos del acreedor puede exigir en su totalidad el cumplimiento de la obligación indivisible: mas no puede uno solo perdonarla toda, ni recibir a cuenta de la cosa el valor de ella; pero si lo hiciere, su coheredero no podrá pedir la cosa indivisible, sin abonar la porción del que ha hecho la remisión, o ha recibido el precio»; y 819: «El heredero del deudor emplazado por la totalidad de la ejecución, puede pedir un término para citar a sus coherederos, a no ser que la deuda no deba satisfacerse, sino por el emplazado; en cuyo caso éste sólo será condenado, dejándole a salvo sus recursos contra los demás».

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

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

EDITORIAL MOTIVO FREYRE

Lo mismo pasará respecto de los herederos de aquél que contrajo semejante obligación»; y el Código Civil de 1936 lo hacía en su artículo 1020: «Cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible está obligado por el todo, aunque la obligación no se hubiese contraído solidariamente. Lo mismo pasará respecto de los herederos de aquél que contrajo semejante obligación».

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

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

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

2. Análisis[700]

Como sabemos, el artículo 861 señala que en caso existan en la herencia bienes que puedan ser cómodamente partibles (divisibles), su partición material se efectuará adjudicándose a cada heredero los bienes que corresponda. Esta norma facilita mucho la partición de la herencia, a afectos de que los herederos puedan partir los bienes fácilmente divisibles y concentrar sus esfuerzos de acuerdo en aquéllos que no tienen esa calidad.

Similar camino sigue el legislador en el artículo 863, relativo a los créditos, al señalar que los créditos que constituyen parte del activo hereditario se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia. Pero este tema debe ser concordado con nuestro análisis de la manera cómo se heredan las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que si estamos en presencia de una obligación divisible (por ejemplo, que recaiga sobre una suma de dinero) y mancomunada, de la cual era acreedor el causante, no habrá duda de que sus herederos la heredarán en la misma condición, vale decir, de manera divisible y mancomunada, lo que equivale a decir que si el causante era acreedor de US$100,000.00, dejando cinco herederos, ese crédito se dividirá proporcionalmente entre tales herederos, convirtiéndose (siempre en el entendido de que la obligación de la cual era acreedor

700 Análisis actualizado, cuya autoría original corresponde a los coautores de esta obra, en la versión que aparece en Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023, pp. 615-618 y 636-661.

el causante haya sido divisible y mancomunada), en virtud de lo dispuesto por el artículo 863 en un crédito dividido por partes iguales entre esos cinco herederos, cada uno de los cuales será, por tanto, acreedor de la suma de US$ 20,000.00.

Ahora bien, Guillermo Lohmann, citando la interpretación de Rómulo Lanatta, señala que la intención del legislador fue estipular lo siguiente: «[...] los créditos divisibles se dividían directamente entre los herederos, de manera que no integran la partición, pues quedan partidos automáticamente desde el instante de la muerte».[701]

No obstante, sobre este particular, remitimos al lector a lo expresado más adelante, cuando analizamos cómo se heredan los créditos y deudas en las obligaciones con pluralidad de sujetos.

Para Fernández Arce la presente disposición se justifica por dos razones: «1. La herencia es una unidad y las cuotas de los coherederos es en función de ella. La propiedad de la herencia corresponde a todos los herederos sin excepción. Por tanto, nadie puede imponer su voluntad sobre la de los demás porque todos tienen iguales derechos y recíprocas obligaciones que derivan precisamente de esta situación. El derecho de los copropietarios no tiene un sustento material concreto, no son copropietarios de partes materiales; sus derechos se refieren a cuotas ideales con relación a algo abstracto: la herencia. Es por eso que esta parte del activo como las restantes que integran la herencia se dividirán en proporción a las cuotas ideales de cada cual. 2. Si las cuotas de los herederos fueran partes materiales y cada cual pudiera escoger, lógicamente que ninguno de los coherederos desearía para sí, en la partición, los créditos dejados por el causante dadas las dificultades para cobrarlos y la incertidumbre de sus pagos».[702]

En 1998, en *Tentaciones académicas*[703], pensábamos que el artículo 866 podría tener un texto distinto: «Vencido el heredero en un proceso sobre los bienes que se le adjudicaron, tendrá derecho de solicitar a sus coherederos, en forma proporcional, los pagos que corresponden de conformidad con el artículo 1495. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide».

La modificación y su fundamento no nos correspondían. Pertenecían al profesor Augusto Ferrero[704], con cuyo sustento, que transcribimos a continuación, estábamos de acuerdo:

701 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023, tomo II, pp. 600 y 601.

702 Fernández Arce, César. *Código Civil: Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomo III, p. 1272.

703 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo I, pp. 573-575.

704 Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos*. Presentada a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Lima: 2 de abril de 1997, pp. 52 y 54.

Es principio reconocido que cuando el adquirente de un bien pierde la propiedad del mismo, en forma total o parcial, por un derecho de un tercero anterior a la transferencia, en virtud de una resolución judicial, el transferente está obligado a responder por la evicción.

Por ello, en el subcapítulo de los derechos y obligaciones de los copropietarios en el Libro de los Derechos Reales, el artículo 982 establece la responsabilidad mancomunada de los propietarios, al declarar que están recíprocamente obligados al saneamiento en caso de evicción, en proporción a la parte de cada uno. Quiere decir que no tienen responsabilidad solidaria frente al adquirente si enajenan el bien, respondiendo en todo caso proporcionalmente. Este artículo corrige la equivocada redacción del artículo 921 del Código derogado, que declaraba que los condóminos estaban recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno.

Es en base a este principio que el artículo 866 dice a la letra: «Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide». Es decir, el heredero propietario puede repetir contra cada uno de los coherederos proporcionalmente, para que respondan por el valor de los bienes al momento de la pérdida del mismo. Si uno resulta insolvente, la indemnización que a éste le correspondía será repartida proporcionalmente entre los demás, incluido el adjudicatario perjudicado.

En nuestra opinión, esta disposición adolece de dos defectos. En primer lugar, se refiere únicamente a la indemnización, cuando ésta es sólo uno de los siete conceptos —y el último— que el adquirente puede pedirle al transferente en virtud del saneamiento, conforme lo dispone el artículo 1495; y solamente en el caso de que el transferente haya incurrido en dolo o culpa al celebrar el contrato. Los otros son el valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; los intereses legales desde que se produce la evicción; los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien; las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas; los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente; y las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente. Así, podrá apreciarse que en el caso de la partición sucesoria a que se refiere el artículo 866 citado, lo que procede es que el transferente entregue al adquirente el valor del bien y los demás conceptos señalados; mas no así una indemnización. Indudablemente, el término «indemnizarán» ha sido usado impropiamente por el legislador en lugar de la voz «pagarán» o «entregarán».

LIBRO MARIO CASTILLO FARJE

En segundo lugar, aunque la disposición no lo dice, debe interpretarse que el heredero vencido puede exigir a sus coherederos el saneamiento, a prorrata, con exclusión de su parte, y no la totalidad. Por ejemplo, si la partición se hizo sobre 100 y eran cinco herederos con igual derecho y cinco bienes de igual valor, cada uno recibió un bien por valor de 20, que sería la totalidad, sino sólo por 16; es decir, descontando del pago la parte del heredero vencido, pues la pérdida del bien implica una disminución de la masa hereditaria, que debe afectar a todos por igual. De esta manera cada uno recibe igual valor; en el ejemplo, 16. De otra forma, si el saneamiento se entendiera por el total, el afectado recibiría 20, o sea toda su cuota hereditaria, y los demás verían reducida la suya a 15. La norma comentada yerra al no aclarar tan importante asunto. Dice sólo, a continuación, que el heredero vencido también asume la responsabilidad del insolvente, junto con los demás. Pero no solamente participa en la parte del saneamiento que no puede cubrir el insolvente, sino también en la proporción en que ha participado él mismo en la partición, por el pago que le toca recibir. El error de técnica de redacción viene del artículo 793 del Código anterior, del cual es transcripción literal.

Si el bien se pierde en juicio por causa expresamente excluida de la partición, o posterior a esta o por culpa exclusiva del heredero, no hay saneamiento por evicción (artículo 867); y, en consecuencia, el heredero propietario no recibirá compensación alguna.

Por otra parte, debemos recordar que el artículo 871 se encarga específicamente del tema de las deudas de la herencia, señalando que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

Con respecto a la indivisión de las deudas mientras la herencia permanezca indivisa, ello es natural, en la medida de que ella responderá *in totum*, dado que no habrá habido todavía división y partición.

Pero el tema no es sencillo.

Si estuviésemos ante el supuesto en que hubiere un solo heredero, es decir el supuesto del heredero universal, es claro que la deuda no sufrirá fraccionamiento alguno, debiendo ser pagada por ese único heredero. Si estuviésemos frente a una obligación cuya prestación fuere divisible, la deuda se dividirá entre todos los herederos, debiendo responder tales herederos en proporción a su cuota hereditaria. Nótese que el artículo bajo comentario no establece que los herederos deberán responder en función a la manera cómo se hubiese hecho la división y partición, por lo que otorga una facilidad al acreedor, en tanto y en cuanto sabrá la manera en que podrá cobrar a los herederos de su antiguo deudor.

LEGADO MARIO CASTILLO FREYRE

Como hemos señalado, si nos encontráramos frente a obligaciones con pluralidad de sujetos, contraídas así, antes de la muerte del causante, si el bien objeto de la prestación de la cual era deudor el causante tenía carácter divisible, y hubiese varios herederos, todos ellos seguirán obligados de manera divisible, a menos que se trate de un heredero del deudor que hubiere sido encargado, en la partición, de cumplir con el pago de dicha obligación (argumento del primer supuesto del artículo 1174 del Código Civil), caso en el cual ese heredero no podría oponer frente al acreedor el beneficio de la división. No obstante, este precepto no suprime el derecho que el artículo 872 concede al acreedor de cobrar a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los herederos. Pero si hubiese un encargado de pagarla (sea por testamento o por acuerdo entre los coherederos), el heredero encargado del pago no podría invocar a su favor el beneficio de la división.

Si el causante hubiera sido deudor de una obligación indivisible, junto a otro u otros deudores, no cabe duda de que la indivisibilidad se extiende a todos sus herederos, independientemente de si entre ellos hubieren acordado que uno solo la pague o que el testador hubiese dispuesto en este sentido. Ello es corroborado por el artículo 1177, que establece que «La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor».

Si se tratase de una obligación que el causante tenía como deudor, junto a otros codeudores y la obligación revestía carácter solidario, regirá lo dispuesto en el artículo 1187, en el sentido de que, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. La citada norma señala también que regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios. Como se aprecia, en caso el causante hubiera sido codeudor de obligación solidaria, sus herederos heredarán la deuda con carácter mancomunado, en proporción a las participaciones de cada uno en la herencia; lo que, sin duda, debilita la posición del acreedor de esa obligación con respecto a ese codeudor original fallecido, pues sus herederos no van a responder solidaria, sino mancomunadamente.

Esto marca una diferencia con las obligaciones indivisibles, caso en el cual los herederos del codeudor de obligación indivisible, siguen obligados en tal condición. Ello, dado que el carácter indivisible de la prestación no permite adoptar una solución legislativa diferente.

Pero el tema de la división del crédito en las obligaciones con pluralidad de sujetos plantea una rica problemática que procederemos a recordar, ya que ella fue tratada por nosotros en un trabajo anterior junto nuestro maestro y amigo, el profesor Felipe Osterling Parodi[705], bajo el sugestivo título de «Las difíciles rela-

705 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 455-477.

ciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad»; y lo hicimos a propósito del análisis del artículo 1177 del Código de 1984. Pero el interés por abordar el tema fue despertado por nuestro muy apreciado amigo y colega el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, quien, en la primera edición de su obra sobre Derecho de Sucesiones, al abordar la partición de créditos, prevista por el artículo 863 del Código Civil, en el tomo IV de su impecable obra Derecho de Sucesiones, tuvo la gentileza de compartir con nosotros la inquietud académica y práctica que suscita la relación de este tema, propio del Derecho Sucesorio, con los preceptos y principios del Derecho de Obligaciones.

Dicha inquietud nos motivó a escribir las páginas que siguen a continuación, en donde tratamos de profundizar teorías sobre las que habíamos escrito desde hacía algunos años en materia de Derecho de Obligaciones, relacionándolas con el Derecho Sucesorio.[706]

2.1. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria

Respecto al tema del estado de indivisión y partición de la masa hereditaria, Luis de Gásperi[707] señala que desde los remotos tiempos de las XII Tablas, los romanos concibieron que dejando el difunto por sucesores más de un heredero, se constituyese entre ellos una comunidad incidental, *asieo incidens*, sobre los inmuebles, sin intervención de su voluntad. Los jurisconsultos de aquella época también entendieron que siendo por naturaleza divisibles los créditos y las deudas, no fuesen deferidos en comunidad a los herederos, sino, por el contrario, que se dividiesen de pleno derecho entre ellos sin excluir las obligaciones indivisibles, siquiera sujetas activa o pasivamente *in solidum* a la acción del acreedor.

José Olegario Machado trató de aclarar esta problemática a la luz de las tres teorías clásicas que la inspiran, a saber:

a. La de Duranton, Mourlon y Demante, según la cual el primero de los preceptos del Código francés no se aplica sino a las cosas que son objeto de partición, al paso que el segundo de ellos divide *ipso iure* los créditos hereditarios desde la apertura de la sucesión, con independencia de toda partición entre los herederos, los cuales pueden demandar su pago desde el fallecimiento del *de cujus*.

b. La de Aubry y Rau, opuesta a la primera, conforme a la cual estatuyéndose por el artículo 883 del Código Napoleón que cada coheredero ha heredado sólo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote, o que le

706 *Ibidem*, p. 457.

707 De Gásperi, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, parte general, tomo II, pp. 157 y ss.

tocaron en subasta, y que no ha tenido jamás la propiedad de los demás efectos de la herencia, la división legal de las deudas y de los créditos hereditarios preceptuada por la ley sólo es provisional y condicional, subordinada al resultado de la última partición.

c. La de Demolombe, por la que debe distinguirse según que las causas de liberación sean anteriores o posteriores a la partición, supuestos ambos resueltos de distinto modo. Así, en el primer caso, el deudor puede prevalerse contra el efecto declarativo de la partición; en el segundo no, de donde se infieren las siguientes consecuencias:

   i. Si uno de los deudores de la sucesión deviene, antes de la partición, en acreedor de uno de los herederos, la compensación opera de pleno derecho hasta la concurrencia de la porción hereditaria de éste.

   ii. Si uno de los coherederos ha cedido a un tercero su parte en una acreencia hereditaria y se ha notificado de ello al deudor cedido, o la cesión ha sido aceptada por éste, antes de la partición, no podría oponerse precepto legal alguno ni al cesionario, ni al deudor, porque el heredero que podía demandar y recibir su parte, también ha podido cederla.

Coincidimos con lo manifestado por De Gásperi, en el sentido de que no se puede pretender conciliar el principio romano de la división automática de los créditos divisibles, con los efectos declarativos de la partición, conforme con la doctrina ecléctica de la Corte de Casación francesa, de suerte que se consideren válidos y legalmente subsistentes los actos de ejecución y los actos y hechos de extinción con que, durante la indivisión, se hayan beneficiado los herederos no adjudicatarios, pero a condición de ser resolubles las cesiones particulares que el heredero no adjudicatario haya otorgado durante la misma época.

Es muy cierto que la pretendida conciliación de los dos sistemas opuestos es punto menos que imposible: o se da prevalencia al principio romano de la división legal de los créditos divisibles, consagrado por el entonces vidente Código argentino de 1871, o se subordina a la partición el valor de los actos de disposición que durante el estado de indivisión hubiese hecho el heredero de su cuota parte en aquellos créditos, si no media la conformidad de todos los coherederos.

El principio que recoge el citado Código argentino de 1871, de la división de los créditos por el solo hecho del fallecimiento del acreedor, en proporción del haber hereditario de cada uno de sus herederos, y que éstos pueden cobrar, ceder y compensar con su parte, a pesar de haber deudas pendientes de pago, y como si el patrimonio heredado no constituyera una unidad, una universalidad de bienes afectada a las obligaciones del causante, es el que critica la doctrina moderna, la cual propende a impedir que los créditos y las deudas se dividan antes de haberse pagado a todos los acreedores de la sucesión y a mantener el patrimonio hereditario tal como estaba en poder del causante. De esta forma, su división no tendría

ESTUDIO MARCIAL PONS LIBRERÍA

lugar sino después de haberse pagado todas las deudas y cobrado todos los créditos, haberse colacionado las donaciones hechas en vida por aquél y, por último, después de haber liquidado el pasado y el presente.[708]

En esta línea de pensamiento, De Gásperi cita tres códigos como ejemplos ilustrativos de esta tendencia: el Código Civil alemán de 1900 (artículos 2039 y 432, inciso 1), el Código Civil español (artículos 1072, 1082 y 1084) y el Código Civil peruano de 1936, sobre el cual refiere que a través de su artículo 784 instituía, para el caso de pluralidad de herederos, la propiedad proindiviso de los bienes comunes de la herencia en el que, por cierto, se incluían los créditos, y finaliza anotando que —aunque no estaba dicho expresamente— se podía inferir del Código peruano que no se trataba de una copropiedad por partes distintas, de estilo romano, sino de una «propiedad común» inspirada en los artículos 652 y 653 del Código Civil suizo.

Debemos agregar que el citado principio del Código nacional derogado es el mismo recogido por el artículo 844 del Código vigente de 1984, norma que señala que «[s]i hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar».

Este precepto se relaciona directamente con la lógica del artículo 660 del Código peruano, que establece que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

El Código Civil peruano de 1984, en nuestra opinión (y como ya lo hemos señalado en esta obra de Derecho de Sucesiones), comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que ocurre es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).

Tal vez esta equivocación sea la que ha generado buena parte de las confusiones respecto a diversos temas de Derecho Sucesorio y, en particular, sobre el que es materia del presente análisis.

2.2. Principios aplicables antes de la muerte

A pesar de que, en estricto, no resulta necesario referirnos a este tema, queremos dejar claramente establecido que, si no se produjera la muerte de ninguno de los sujetos de la relación obligatoria, vale decir, la de ningún deudor o codeudor ni la de ningún acreedor o coacreedor, la obligación de sujeto plural se regiría

708 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 458.

estrictamente de acuerdo con lo convenido en el título constitutivo de ésta y a lo normado en el Código Civil.[709]

2.3. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores

2.3.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero

Si se tratara de una obligación con pluralidad de sujetos en la que hubiera varios acreedores y muriera intestado el único deudor o uno de los codeudores dejando sólo un heredero universal, desde el momento de la muerte y antes de que esta persona sea declarada (judicial o notarialmente) heredera, si bien estaríamos ante una sucesión indivisa, no existiría problema práctico alguno, pues al fin y al cabo si la sucesión responde por el íntegro de la deuda, ya se trate de una obligación divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria, la sucesión deberá afrontar el pago conforme a lo estipulado en el título constitutivo de dicha obligación.

Decimos que no representaría problema alguno, pues los acreedores podrían cobrar a la sucesión de la misma forma como hubiesen podido cobrar al causante, esto es, exigiendo el pago a la única persona declarada como heredera universal. Idéntica situación se plantearía si se tratara de un heredero universal instituido vía testamentaria.

En este caso, el hecho de que el causante sólo haya dejado un heredero, hace que el problema pase prácticamente inadvertido. No obstante, hemos querido referirnos a él para que el lector pueda apreciar la manera como el tema va a adquirir dificultad cuando nos alejemos de este supuesto, que podría ser calificado como ideal o académicamente perfecto en lo que concierne a una armónica relación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho Sucesorio.

2.3.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero

2.3.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

2.3.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada

Nos encontramos en el caso en que un deudor o codeudor fallezca intestado y deje dos o más herederos. En este supuesto, desde el momento de la muerte del

709 *Ibidem*, p. 459.

causante y hasta antes de que se produzca la división y partición de la masa hereditaria, la sucesión responderá por el íntegro de lo debido ante los acreedores.[710]

Ello significa que mientras continúe el estado de indivisión de la masa hereditaria, resultará imposible que se aplique respecto de los herederos del deudor fallecido cualquier precepto relativo a la manera como se transmiten a los herederos las obligaciones de sujeto plural.

No se podría decir que cada uno de los herederos del deudor responde por el íntegro, pues el patrimonio de cada uno de ellos todavía no se ha visto integrado por ninguna parte concreta de la masa hereditaria. Mientras persista tal estado de indivisión, será la sucesión la que responda, tal como si el causante todavía estuviese vivo.

Si la sucesión indivisa pagara la deuda a los acreedores, no se presentaría problema alguno, y en la medida en que no existiesen más acreedores, los mencionados herederos podrían efectuar la división y partición de la herencia conforme lo considerasen más conveniente a sus intereses.

En la eventualidad de que la sucesión indivisa no hubiera honrado esta deuda o no se hubiese asegurado su pago, los acreedores tendrían el derecho de oponerse a que se efectúe la división y partición. Ello, en virtud de lo expresamente establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil peruano:

> Artículo 875.- El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.
>
> La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho.
>
> También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado.
>
> Artículo 876.- Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente.

Y es que los acreedores de una sucesión siempre se verán resguardados por lo dispuesto para las deudas de la herencia (artículos 871 a 880 del Código Civil peruano), en especial por lo prescrito en los artículos 871 y 872.

El primero, el artículo 871, establece que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa

710 *Ibidem*, p. 460.

hereditaria[711]; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

El segundo, el artículo 872, otorga una garantía adicional, en el sentido de que los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si ninguno de los acreedores ejerciera su derecho a oponerse a la división y partición? En este caso, tales acreedores por descuido, inadvertencia o desconocimiento de las consecuencias de su omisión podrían estar expuestos a determinadas situaciones respecto del crédito, ciertamente no deseadas por ellos.

En principio, si los herederos hiciesen una división y partición de la deuda respetando estrictamente sus porcentajes en la sucesión, sería aplicable para las relaciones entre dichos herederos y sus acreedores lo dispuesto en el artículo 1174 del Código Civil peruano, norma que establece que «[e]l beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación».

Si bien es cierto que el referido numeral no está redactado en sentido positivo, sino negativo, haciendo una interpretación a contrario, fácilmente se deduce que el beneficio de la división sí puede ser opuesto por el heredero del deudor que no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos mencionados por la norma; siendo factible aplicar este criterio interpretativo al tratarse de una obligación por naturaleza divisible y las restricciones contenidas en el artículo 1174 son, qué duda cabe, supuestos de excepción.

Entonces podemos afirmar que el régimen legal de una obligación divisible, en cuanto a los herederos del deudor (o de un codeudor), se regirá por el principio de la divisibilidad.

Idéntico razonamiento cabría formular en torno a las obligaciones mancomunadas, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, a esta clase de obligaciones se le aplica las normas de las obligaciones divisibles, uno de cuyos tres preceptos es el mencionado artículo 1174.

Lo expresado equivale a decir que una obligación divisible y mancomunada puede heredarse, luego de efectuada la división y partición, de manera divisible y mancomunada. Esto significa que cada uno de los herederos del deudor sólo estaría obligado hasta por su parte o porcentaje en la herencia de su causante. Lo propio sería aplicable para los herederos de un codeudor, en el sentido de que cada uno de ellos únicamente respondería por la parte proporcional de la porción que debía su causante.

711 *Ibidem*, p. 461.

Aquí estaríamos ante la situación ideal de que los herederos del deudor o codeudor hubieran efectuado una división y partición de la deuda de manera equivalente dentro del conjunto de la masa hereditaria.

El problema se presentaría en la eventualidad de que los herederos del deudor o codeudor hubieran procedido a efectuar una división y partición de manera distinta a la que idealmente les correspondía en virtud de sus respectivas acciones y derechos en la masa hereditaria. Así, bien podría ocurrir que hubieran decidido que sólo algunos de ellos asumieran el pago de dicha deuda en porcentajes no equivalentes a su participación en la herencia, o hubieran acordado que uno solo de los herederos del deudor o codeudor asumiese el pago del íntegro de la deuda.

En estos casos ello no significaría que el acreedor o los acreedores, a pesar de no haberse opuesto a que se efectúe la división y partición (por no habérseles pagado previamente), tuvieran que asumir las consecuencias de dicho convenio, en la medida en que si bien es cierto que no se opusieron a que se efectuara la división y partición, en nada hubieran podido influir en los acuerdos adoptados por los herederos, ya que competía únicamente a ellos adoptar decisiones.

En efecto, la división y partición convencional es un acto de carácter contractual, y por ello le es aplicable el principio *res inter alios acta*, que tiene correlato legislativo en el artículo 1363 del Código Civil peruano, precepto que establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo casos de excepción.

De esta forma, si los porcentajes resultantes de la división y partición fuesen distintos que los que les correspondían en virtud de la ley para el pago de la deuda, el acreedor o los acreedores gozarían de la opción entre respetar lo convenido por los herederos, si fuese favorable a sus intereses, procediendo a cobrarles conforme a los porcentajes que ellos mismos se asignaron para el pago, o cobrar a los herederos del deudor o codeudor, de conformidad a los porcentajes que tuvieran en la sucesión, e independientemente de lo que entre ellos hubieran convenido, pues los herederos del deudor no podrían vulnerar los principios contenidos en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, perjudicando derechos de terceros.[712]

2.3.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Como hemos visto, el Código Civil peruano regula la sucesión testamentaria en sus artículos 686 y siguientes.

En principio, la libertad de testar sólo encuentra restricciones para el caso de la legítima y de la porción disponible (tema normado entre los, ya estudiados, artículos 723 y 733 del propio Código).

712 *Ibidem*, p. 463.

Como sabemos, la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (artículo 723); siendo tales los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge o miembro de una unión de hecho (artículo 724).

Quien tiene hijos u otros descendientes, cónyuge o miembro de una unión de hecho, puede disponer libremente hasta del tercio de su patrimonio (artículo 725); mientras que aquél que tiene sólo padres u otros ascendientes puede disponer libremente hasta de la mitad de su patrimonio (artículo 726); en tanto que quien no tiene cónyuge, miembro de una unión de hecho, ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de su patrimonio.

Pero las normas relativas a la sucesión testamentaria y a la legítima no conllevan restricciones adicionales, lo que determina que el deudor o codeudor que otorgue testamento podría disponer que la división del pago de la deuda se haga de acuerdo con los porcentajes que le atribuya a cada uno de sus herederos en la sucesión, los que, sobre la base de la porción disponible, pueden ser diferentes a los que se determinarían en una sucesión intestada.

En la eventualidad de que el testador no cumpliera con los requisitos previstos en el párrafo anterior, los acreedores tendrían opción entre respetar la voluntad del testador, si no les causara perjuicio, o cobrar a cada uno de los herederos de acuerdo con los porcentajes que les correspondiesen en la herencia.

Pero también podría ocurrir que el testador no hubiese asignado el pago de la deuda a uno o algunos de sus herederos, sino que simplemente hubiera guardado silencio al respecto. En este caso, el tema se regiría íntegramente por idénticos principios que los que norman la materia en la sucesión intestada. Resulta claro, además, que los acreedores de la sucesión mantendrían sus derechos inalterables en relación con la referida deuda, mientras ella permaneciera indivisa.[713]

Estas mismas consideraciones, aunque con consecuencias distintas en el caso de las obligaciones indivisibles, serían aplicables para los supuestos de las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y mancomunadas e indivisibles y solidarias en los que el causante, habiendo otorgado testamento, no hubiera hecho referencia a la deuda materia de análisis.

Por otra parte, si el deudor causante hubiese hecho división y partición testamentaria de la deuda, resulta claro que el acreedor o los coacreedores no podrían oponerse a tal división y partición, pues correspondería a un acto de ejercicio pleno de la libre voluntad del causante.

Es evidente, no obstante, que dicha disposición testamentaria no podría oponerse a los acreedores, si ellos consideraran que de una forma u otra perjudicase sus intereses.

713 *Ibidem*, p. 464.

Esta situación podría presentarse si la obligación fuese divisible y mancomunada o divisible y solidaria, supuesto este último que luego trataremos y en el cual los acreedores podrían optar por respetar la división y partición de la deuda hecha por el causante, o cobrarla de manera divisible y mancomunada a todos los herederos.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, ante una división y partición de la deuda, los acreedores tendrían la opción de cobrar de la manera dispuesta por el testador o de modo indivisible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1177 del Código Civil.

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, en caso de que se produjera la división y partición de la deuda por parte del causante, los acreedores tendrían la opción entre respetar su voluntad o cobrar el íntegro a cualquiera de los herederos del deudor, conforme a lo dispuesto por el mismo artículo 1177 citado.

2.3.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria

2.3.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor falleciera intestado, dejando pluralidad de herederos, desde su muerte y hasta que se produzca la división y partición, la sucesión indivisa responderá frente a los acreedores por el íntegro de la deuda.[714]

Si la sucesión indivisa no pagara la deuda, los acreedores tendrían derecho a oponerse a que se efectúe la división y partición, sobre la base de lo establecido en los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que no hubieran ejercido el derecho a oponerse, por la razón que fuere, se podrían dar diferentes situaciones.

De acuerdo con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1187 del Código Civil (precepto aplicable cuando una obligación solidaria es divisible), si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Esto significa, en buena cuenta, que la solidaridad no se transmite a los herederos del deudor, a quienes la obligación pasa con carácter de mancomunada. En tal sentido, si la obligación divisible y solidaria se transmite a los herederos del deudor con carácter de divisible y mancomunada, el tema de la sucesión intestada se regiría por los mismos principios anotados cuando analizamos el punto 2.3.2.1.[715]

714 *Ibidem*, p. 465.
715 *Ibidem*, p. 466.

2.3.2.2.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Se aplican a este caso los comentarios que hemos formulado en el numeral 2.3.2.1.2, vale decir, los relativos a una obligación divisible y mancomunada, cuando muere el deudor o un codeudor dejando más de un heredero.

De la regla del artículo 1187 del Código Civil peruano deducimos que la solidaridad no se hereda. Ello equivale a decir que, si el causante se había obligado solidariamente, sus herederos no lo estarán solidaria sino mancomunadamente, pero por el íntegro de la prestación.

Como expresa León Barandiarán:[716] «La muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a todos los deudores. Pero la parte que corresponde al deudor fallecido se divide entre sus herederos, o sea, que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, que por su misma naturaleza obliga a todos y cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación. Por eso el artículo 1217 (se refiere al Código Civil de 1936) advierte: «salvo si la obligación fuese indivisible».— Así pues, el acreedor puede demandar a cualquiera de sus deudores primitivos por la totalidad de la deuda, pues, como decíamos, la muerte de uno de ellos no hace desaparecer el carácter solidario de la obligación. Puede también demandar a todos los herederos, en conjunto, del primitivo deudor fallecido, por la totalidad de la deuda. O puede, en fin, demandar separadamente a cada uno, a cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse entre ellos el monto de la deuda que correspondía al causante. Esto es lo que quiere significar el artículo cuando habla de "la cuota que le correspondiese en la herencia"».

De igual parecer son Huc[717], Barros Errázuriz[718] y Llambías[719].

No obstante, estimamos necesario detenernos en el análisis de un supuesto de sumo interés referido a este tema.

Giorgi[720] se pregunta si quien se obliga en un contrato puede imponer la solidaridad a los herederos. Recuerda que Colmet de Santerre y Boileux responden que no, en tanto que Demolombe y Laurent señalan lo contrario, opinión con la cual Giorgi se encuentra de acuerdo, pues, en efecto, la regla de que el testador puede imponer la solidaridad a los herederos y a los legatarios, demuestra que

716 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: Ediar Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1956, tomo II, pp. 156 y 157.

717 Huc, Theóphile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 485.

718 Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, volumen II, pp. 160 y 161.

719 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1975, tomo II-A, p. 555.

720 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo I, pp. 197 y 198.

el principio de la división de las deudas hereditarias no es de orden público, sino que puede destruirse por la voluntad particular en contrario. Además, se puede mencionar jurisprudencia confirmando su opinión, al recordar una sentencia de la Corte de Bruselas de 21 de abril de 1819, citada por Merlin, que decide que varios herederos de un deudor de renta perpetua (vitalicia) venían obligados solidariamente al pago de la renta, porque se desprendía del contrato de constitución que los contratantes habían querido obligar solidariamente a los herederos; precisa que lo mismo repitió dicha Corte el 4 de marzo de 1824, en otra sentencia citada por Laurent; añade que los Tribunales italianos han confirmado después la doctrina de que las partes pueden, al constituir una enfiteusis, imponer a los herederos la solidaridad en el pago del canon.

2.3.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

2.3.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor fallece intestado dejando dos o más herederos, estaremos ante una situación de indivisión y partición de la masa hereditaria, debiendo responder la sucesión frente a los acreedores por la totalidad de las deudas.

Si los herederos del deudor o codeudor deseasen efectuar una división y partición sin pagar previamente la deuda, sus acreedores podrían oponerse a ello, en virtud de lo dispuesto por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que ninguno de los acreedores se opusiese a la división y partición, ocurriría lo que seguidamente exponemos.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1177 del Código Civil, la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.[721]

Así las cosas, no existiría una hipótesis idónea de división y partición respecto de la deuda materia de análisis.

Efectuamos tal precisión, porque en la eventualidad de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara conforme a sus porcentajes de participación en la masa hereditaria, o incluso en el supuesto de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara asignando sólo a uno o a algunos de ellos el pago del íntegro de la deuda, estas estipulaciones no enervarían el derecho de los acreedores a cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor, incluyendo a aquéllos a quienes no se les asignó el deber de honrar la deuda.

Y, obviamente, también resultaría aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1176 del Código Civil, en el sentido de que cualquiera de los acreedores podría

721 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 467.

exigir a cualquiera de los herederos del deudor la ejecución total de la obligación indivisible, supuesto en el cual el deudor quedaría liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, si éste último garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

Ya decía Pothier[722] que dada la naturaleza de la obligación indivisible ésta no es susceptible de cumplirse por partes, y al ser una cualidad real de la obligación, ella pasa con dicha cualidad a los herederos del deudor.[723]

2.3.2.3.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

En el caso de una sucesión testamentaria, si la obligación fuere indivisible y mancomunada y hubiese muerto el deudor o uno de los codeudores, nos encontraríamos en el mismo supuesto que se plantea en la sucesión intestada, pues los acreedores no quedarían obligados a respetar lo señalado en el testamento, ya que les asistiría el derecho de cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor de la manera expuesta en el acápite respectivo referente a la sucesión intestada (2.3.2.3.1).

Pero nada impediría a los acreedores aceptar la división y partición que hiciera el testador, atribuyendo a uno solo de los herederos la obligación de pagar la deuda, en la medida en que consideren a ese heredero plenamente solvente.[724]

Otro supuesto de sucesión testamentaria sería aquél en el cual el testador hubiera omitido pronunciarse respecto de la deuda, donde, claro está, serían de aplicación las normas consignadas en los artículos 1176 y 1177 del Código Civil.

2.3.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

2.3.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si falleciera un deudor intestado, dejando pluralidad de herederos, naturalmente que se configuraría una situación de indivisión de la masa hereditaria, respondiendo la sucesión indivisa con todo su patrimonio ante los acreedores.

En el supuesto de que la sucesión indivisa no hubiese pagado la deuda y los herederos del deudor intentaran efectuar una división y partición, sus acreedores podrían oponerse, amparándose en lo establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

722 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 294 y 295.

723 De la misma opinión son Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 575; y Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, volumen II, pp. 160 y 161.

724 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 468.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si ninguno de los acreedores se opusiese a dicha división y partición, los herederos podrían disponer lo que juzgaran conveniente. Pero esta división y partición no resultaría oponible a los acreedores, en virtud del ya mencionado principio *res inter alios acta*.

Al tratarse de una obligación indivisible y solidaria, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, se aplicaría el artículo 1177 del mismo Código, en virtud del cual prevalece el principio de la indivisibilidad respecto a los herederos del deudor.

Por otra parte, debemos señalar que, en el caso previsto, no sería aplicable por tratarse de una obligación que, además de indivisible, es solidaria, el artículo 1176 del Código Civil citado en el numeral 2.3.2.3.1 de este análisis, sino el artículo 1185 del mismo Código, que prescribe lo siguiente: «El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno».

Nada impediría, desde luego, en un plano teórico, que los acreedores aceptaran cobrar en los términos previstos por la división y partición.

Por lo demás, cabría la posibilidad de que los codeudores hubiesen realizado una división y partición omitiendo cualquier referencia a la deuda, caso en el cual serían aplicables los principios establecidos por el artículo 1177 del Código Civil.[725]

2.3.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Hacemos de plena aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, las expresiones que hemos vertido con ocasión del análisis realizado en el punto inmediatamente anterior (2.3.2.4.1), relativo al caso en el que fallece intestado un deudor o codeudor, dejando más de un heredero, y la obligación fuese indivisible y solidaria.

2.4. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores

El Derecho Sucesorio peruano aborda en un solo precepto el tema de la partición de créditos materia de una sucesión, a través del numeral 863 del Código Civil, que establece lo siguiente: «Los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia».

El tema parecería sencillo de ser relacionado con el Derecho de Obligaciones, si no se tuviera en cuenta que el Código peruano no contempla, a diferencia de su similar argentino de 1871, una norma como el artículo 3491 del Código de Vélez Sarsfield, que establecía que «[c]ada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda».

725 *Ibidem*, p. 469.

La figura planteada por el antiguo Código argentino de 1871 implicaba una división automática de la obligación divisible a cargo del causante, por efecto de su fallecimiento. A ello podríamos agregar que todo el régimen de la división de los créditos o deudas en el antiguo Código Civil argentino importaba esa división automática, en tanto se trate de créditos o deudas divisibles.

Este sistema difiere sustantivamente del régimen legal peruano, ya que dentro del Derecho Sucesorio nacional no se produce una automática división de los créditos o deudas del causante en relación con los herederos, sino que ello tendría que resultar de una división y partición de la masa hereditaria.

Lo que será materia de análisis es si el numeral 863 del Código peruano tiene carácter imperativo cuando dispone que los créditos que constituyen parte del activo hereditario «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

En virtud de lo previsto por el artículo 660 del Código Civil peruano, desde el momento de la muerte de una persona se transmite a sus herederos su patrimonio hereditario, que está compuesto por los bienes, derechos y obligaciones.

Como es evidente, los herederos pueden aceptar o renunciar a la herencia. De acuerdo con el artículo 672 del Código Civil, la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado y la aceptación tácita se genera si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestran de manera indubitable su voluntad de aceptar.

Señala el artículo 844 del Código Civil que, si a la muerte del causante éste deja varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar. Pero, a nuestro entender, la norma omite inadvertidamente hacer referencia a los derechos de crédito y a las deudas que forman parte de la masa hereditaria. Nos parece evidente que dentro del régimen legal peruano la situación de indivisión no sólo se extiende a los bienes materia de la herencia, sino también a los derechos de crédito y a las deudas, por inferirse así del citado artículo 660.

De ello se deduce que el estado de indivisión hereditaria a que alude el artículo 845, hace de aplicación al tema —en lo no previsto por el Derecho de Sucesiones— las normas relativas a copropiedad (tratándose de una "copropiedad" de especiales características o comunidad), las que no sólo se refieren a los bienes, sino a todo el patrimonio como universalidad. Así, mientras subsista el estado de indivisión seguirá rigiendo lo previsto por el numeral 851, al disponer que la herencia sea administrada por el albacea o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

En principio, el estado de indivisión sucesoria no facilita adoptar decisiones respecto de actos de disposición (para los que se requiere unanimidad) o de administración (que exigen mayoría absoluta de porciones hereditarias). Por ello,

el Derecho auspicia la división y partición de la masa hereditaria, conforme a las normas previstas por los artículos 852 y siguientes.

La división y partición, en cuanto a los bienes se refiere, no constituye objeto de análisis en este trabajo. La división y partición de las deudas ya ha sido materia de estudio en la primera parte.

Ahora corresponde ocuparnos del régimen de la división y partición de créditos en sede sucesoria.[726]

Entendemos que a efectos de una división y partición convencional —en torno a los créditos de la sucesión— la regla es la libertad absoluta, pudiendo acordar los coherederos aquello que consideren más conveniente a sus intereses, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Pero el ya citado artículo 863 del Código Civil, que establece que los créditos que constituyen parte del activo hereditario se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia, no sólo es un precepto de carácter meramente dispositivo, sino que resulta confuso e inútil, ya que, como antes lo expresamos, los herederos podrían proceder como mejor les convenga respecto a la división y partición de los créditos de la sucesión, pues la resolución que adopten, que estaría referida únicamente al cobro de las deudas, en nada afectaría a los deudores de la sucesión.

En el Derecho peruano los herederos del causante no podrían hacer efectivos —salvo para integrarlos a la masa hereditaria— los créditos de la sucesión, si en forma anticipada no se hubiera pagado todas las deudas de la herencia. En tal sentido, el capítulo relativo a las deudas de la sucesión deja ello claramente establecido en los artículos 871 y siguientes del Código Civil, pues mientras la herencia permanece indivisa, las deudas del causante gravitan sobre la masa hereditaria.

A lo señalado, hay que agregar un argumento que aleja que se interpreten en el mismo sentido el artículo 863 del Código nacional y el artículo 3485 del Código argentino de 1871. El artículo 863, a diferencia de su correspondiente argentino de 1871 (el 3485), no está redactado en tiempo presente, pues no expresa que los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario «se dividen» entre los herederos, sino él dispone que «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

Resulta de singular importancia que la norma peruana se encuentre redactada en tiempo futuro y no en tiempo presente, pues este argumento abona el criterio razonable de que la división de los créditos no se produce al tiempo de la muerte del causante, sino cuando se efectúa la división y partición de la masa hereditaria, momento en el que recién cabría un pacto distinto.

726 *Ibidem*, p. 471.

Por otra parte, si se pensara por un instante en la eventualidad de aplicar el artículo 863 antes de que se produjera la división y partición de la masa hereditaria, podría incurrirse en el absurdo de que los activos de la sucesión, que obviamente no incluirían los créditos «ya cobrados de manera directa por los herederos del causante», no alcanzaran para pagar los pasivos de la herencia.[727]

Ello significaría ubicarnos en la insólita hipótesis de que los herederos del causante pudieran cobrar automáticamente los créditos que integran parte del activo hereditario, en proporción a su cuota en la herencia, sin necesidad de preocuparse por pagar las deudas de la propia sucesión, lo que legalizaría una situación claramente fraudulenta en perjuicio de los acreedores de la herencia. Por lo demás, tal interpretación vulneraría los preceptos imperativos consignados en los artículos 871 y siguientes del Código Civil. La cobranza de los créditos sólo puede efectuarse para integrar su importe a la masa sucesoria.

En adición, conviene señalar que la sistemática del artículo 863 refuerza el argumento de que éste no resulta susceptible de ser aplicado inmediatamente después de producida la muerte del causante, sino en el proceso de división y partición, ya que el citado artículo forma parte del capítulo segundo, relativo, precisamente, a la partición de la masa hereditaria (artículos 852 a 868), ubicado luego del capítulo primero, referido a la indivisión de la masa hereditaria, integrando, ambos, el Título II, sobre indivisión y partición.

Por otra parte, dado que con frecuencia los herederos mantienen la sucesión indivisa durante un tiempo considerable, pues son usuales las dificultades destinadas a efectuar una división y partición, es claro que dichos herederos no proceden a adjudicarse créditos hereditarios para recién cobrarlos después de efectuada la división y partición. Resulta común, por ello, que la sucesión indivisa haga efectivos dichos créditos de los deudores a quienes corresponda pagarlos. Es muy probable por tal razón que sólo queden como pendientes aquellos créditos cuyo cobro ha sido requerido, pero no fueron pagados o aquellos cuyo plazo para el pago aún no hubiese vencido.

Además, cabe recordar que el artículo 863 del Código vigente carece de correlato alguno en el Código Civil de 1936, que no incluyó norma similar, situación que hace difícil percibir la intención del legislador de 1984. No obstante, indagar sobre tal intención resulta indiferente ante los argumentos que abonan la interpretación sobre la que venimos haciendo fe.

Al reiterar que el artículo 863 no tiene carácter imperativo, ello equivale a decir que no existiría impedimento alguno para que, al momento de la división y partición de la masa hereditaria, los herederos pudiesen asumir los créditos de la herencia en porcentajes distintos a los de sus respectivas cuotas. No olvidemos

727 *Ibidem*, p. 472.

que el artículo mencionado, al tener carácter dispositivo, es una norma supletoria de la autonomía de la voluntad. Así, los coherederos podrían dividirse los créditos como mejor les parezca, pues a nadie perjudicarían (a diferencia de lo que ocurre con las deudas de la herencia).[728]

Dentro de tal orden de ideas, estimamos que en el Derecho Sucesorio carece de sentido una norma como el artículo 863, que constituye una irrelevante demasía.

En conclusión, los coherederos gozan de la más absoluta libertad para proceder a la división y partición del crédito de la herencia, en la forma que lo juzguen conveniente.

Así, los herederos podrían dividirse el crédito en porcentajes distintos a sus participaciones en la sucesión, asignarlo sólo a algunos de los herederos o asignarlo exclusivamente a uno de ellos. Lo anterior sólo determinaría la forma cómo el titular o titulares del crédito estarían facultados para cobrarlo.

No obstante, lo señalado no afecta en lo absoluto los derechos del deudor o codeudores de dicha obligación, porque los acreedores herederos han ejercitado legítimamente la autonomía de su voluntad.

Así las cosas, cabría preguntarse cómo o cuándo serían aplicables para los herederos del acreedor o de uno de los acreedores los principios del Derecho de Obligaciones, específicamente los numerales 1174, 1177 y 1187.

Su aplicación práctica sólo se podría presentar de manera supletoria a la voluntad de los herederos del acreedor o coacreedor que hubiera fallecido, si dichos herederos no disponen algo distinto en la división y partición del crédito o simplemente omiten pronunciarse sobre la acreencia.

Los artículos del Derecho de Obligaciones también resultarían aplicables si, tratándose de una sucesión testamentaria, el acreedor o coacreedor causante simplemente no se hubiera pronunciado en su testamento sobre la acreencia.

Ello, en razón a que existiría indivisión respecto del crédito. En tal sentido, los deudores deberían proceder de igual forma como si el acreedor o coacreedor no hubiera muerto, entendido esto respecto al crédito indiviso. De esta forma, la sucesión podría cobrar a los deudores conforme lo establezca el título constitutivo de la obligación.

Por lo demás, resulta evidente que los deudores de la sucesión no se verían perjudicados al respecto en lo más mínimo, pues deberán pagar en la forma convenida con el causante.[729]

728 *Ibidem*, p. 473.
729 *Ibidem*, p. 474.

2.4.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

Si una obligación es divisible y mancomunada, en ausencia de pacto distinto de los herederos del acreedor o de disposición testamentaria diferente, ella pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, vale decir, lo haría en la misma condición en que se había contraído.

Sería el caso de un acreedor que tuviera dos deudores obligados al pago de la suma de S/ 40,000.00. Si el acreedor muriese y dejase dos herederos (sus dos únicos hijos, por ejemplo), cada uno de ellos tendría derecho a cobrar a cada deudor la suma de S/ 10,000.00, es decir, un total de S/ 20,000.00, en la medida en que heredasen en iguales porcentajes. Si, por disposición testamentaria, uno de los hijos hereda el sesenta por ciento y el otro el cuarenta por ciento, el primero cobraría un total de S/ 24,000.00 y el segundo S/ 16,000.00.

2.4.2. Si la obligación es divisible y solidaria

Siempre en el supuesto de ausencia de pacto diferente entre los herederos del acreedor o de disposición testamentaria en sentido diverso, si la obligación fuese divisible y solidaria, pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, pues la divisibilidad se hereda como tal y la solidaridad no.

2.4.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

En el mismo entendido del punto precedente, si la obligación fuera indivisible y mancomunada, se heredaría en aquella condición, esto es, como indivisible, lo que equivale a decir que cada heredero sería acreedor por el íntegro de la prestación.

2.4.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

Y, por último, si la obligación fuese indivisible y solidaria, y en el mismo presupuesto de los tres acápites anteriores, la acreencia pasaría a los herederos del causante como indivisible y mancomunada, aplicándose las reglas de la indivisibilidad (en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil y su referido, el artículo 1177 del mismo código).

Esta situación legal obedece fundamentalmente a la naturaleza jurídica de la indivisibilidad, la que determina que no haya otra solución viable. Tal situación[730] también se presentaría, desde luego, en el caso de la indivisibilidad ficticia, esto es de la constituida por pacto.

En el supuesto de una obligación indivisible y solidaria, y tal como antes lo señalamos, la indivisibilidad se heredaría y la solidaridad no. Y al no heredarse la solidaridad, la obligación pasaría, por este efecto, como mancomunada, razón

730 *Ibidem*, p. 475.

EDUARDO CAMELO FAIRE

por la cual al resultar aplicables las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos la concurrencia de los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles. Pero, como resulta evidente, tal concurrencia de ambas categorías sería incompatible y, por ello, prevalecen las normas de la indivisibilidad.

De ahí que en el caso de la solidaridad —donde sí existe alternativa, puesto que dicho carácter no está referido al objeto, sino a la forma como se han obligado las partes entre sí y respecto de la contraparte— el Código resuelve en sentido inverso.

2.5. Comentarios finales

Como vemos, de lo expuesto se deduce que el tema objeto del presente acápite no ofrece, necesariamente, soluciones pacíficas y que es imprescindible efectuar una aplicación razonada e interdisciplinaria de los principios que informan tanto el Derecho Sucesorio como el Derecho de Obligaciones.

Resulta sumamente claro, dentro de la lógica del ordenamiento jurídico peruano, que tanto los créditos como las deudas de una persona se regirán conforme a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación. No obstante, la situación plantea diversos matices cuando se inicia el proceso sucesorio, vale decir, a la muerte del causante.

En virtud de los principios legales vigentes en nuestro país, de la lógica y de la razón, a la muerte de una persona su patrimonio se encuentra en situación de indivisión, lo que equivale a decir que estamos en presencia de una masa hereditaria indivisa de la cual son titulares, en tal condición, todos los herederos del causante.

Esa masa hereditaria es un patrimonio autónomo, respondiendo, en su integridad, por todas las deudas que se mantuvieran respecto de terceros acreedores, quienes gozan del derecho de oponerse a que los herederos procedan a efectuar una división y partición, en tanto no se hubieran pagado las deudas de la herencia. Ello, en virtud de lo dispuesto esencialmente por los artículos 871, 872, 875 y 876 del Código Civil.[731]

Así, una deuda hereditaria sólo podría ser materia de división y partición en caso de que los acreedores de la herencia no se hubieran opuesto a ello. De ser éste el caso, los coherederos podrían efectuar la división y partición de la deuda conforme lo estimaran conveniente a sus intereses. Lo que no podrían lograr es imponer a los acreedores el contenido de ese acuerdo, si éstos lo objetaran.

Ante esa situación, los acreedores podrían cobrar, a su elección, conforme al título constitutivo de la acreencia o de acuerdo con lo pactado en la división y partición.

731 *Ibidem*, p. 476.

Similares consideraciones en torno a los derechos de los acreedores serían aplicables en caso de que se tratara de una sucesión testamentaria, respecto de aquello que hubiera dispuesto el causante (deudor o codeudor) en torno a la deuda y sus diversos herederos.

En este caso, los acreedores del deudor no gozan de derecho alguno para alterar o influir sobre la voluntad del testador, siendo evidente que si dicho testador, a pesar de haber otorgado testamento, no hubiese hecho referencia a las deudas, regirían para este caso similares principios que los que inspiran el tema en la sucesión intestada.

Si el deudor causante hubiera hecho división y partición asignando el pago de la deuda por parte de uno de sus herederos, resulta evidente que esa disposición testamentaria, si bien no podría ser objetada por los acreedores, facultaría a estos últimos a la opción entre cobrar su crédito conforme a lo dispuesto por el testador o, si tal situación no les resultara conveniente, hacerlo conforme lo dispone el Derecho de Obligaciones.

Si la obligación fuese divisible y mancomunada, podrían cobrar de manera divisible, al igual que si fuese divisible y solidaria; si fuera indivisible y solidaria podrían cobrar de manera indivisible; y, por último, si la obligación fuese indivisible y mancomunada, podrían cobrar de manera indivisible.

Por otra parte, en lo que atañe al aspecto activo de la obligación, no resultaría factible que cada heredero (mediando indivisión) pudiera cobrar (de acuerdo con su participación porcentual en la masa hereditaria) los créditos de la herencia. La cobranza sólo podría efectuarse, antes de pagados los pasivos, para incorporar su monto a la masa indivisa.

Por lo demás, el principio de división de los créditos hereditarios de manera proporcional a las participaciones en la herencia (enunciado por el artículo 863[732] del Código Civil peruano), no constituye norma imperativa, sino tan sólo dispositiva, y en ningún caso podría vulnerar derecho alguno de los acreedores de la sucesión.

De lo expuesto debe concluirse que los principios de Derecho de Obligaciones en torno al tema tratado deben concordarse con los de Derecho Sucesorio, buscando una interpretación orgánica y armoniosa, en plena consonancia con el orden público y en pleno resguardo de los intereses de los acreedores, deudores y terceros vinculados por la relación obligacional.

Queda claro que en ningún caso la muerte de un deudor podrá significar la burla de sus derechos de crédito y el acreedor tendrá derecho a tomar las providencias del caso a efectos de resguardar sus intereses para que se concrete el cumplimiento de su obligación[733].

732 *Ibidem*, p. 477.
733 *Idem*.

Consolidación entre el acreedor y uno de los deudores

Artículo 1178.- La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1178

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por 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 de Jorge Vega García del año 1973 tampoco registra antecedentes; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi del año 1980, legislaba el tema en su artículo 57: «La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo podrá exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1199: «La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo podrá exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1146: «La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso».

FERNANDO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

La consolidación o confusión es el acto por el cual concurren en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor de una obligación. Esta figura está regulada como una de las formas de extinción de las obligaciones prevista por el Código Civil peruano en sus artículos 1300 y 1301. Tal como lo establece la primera de las normas citadas, la consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella.

Si opera la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores de prestación indivisible, de acuerdo con el artículo 1178 del Código Civil —norma propia de las obligaciones indivisibles—, no se extingue la obligación respecto de los demás codeudores, pudiendo el acreedor (excodeudor) exigir la prestación sólo si reembolsa a los codeudores el valor de la parte que les corresponde en la obligación, o si garantiza su reembolso.

Como enseña Raymundo M. Salvat[734], la confusión no extingue la obligación indivisible, salvo que alcance a la totalidad de los deudores y acreedores. Así, mientras la calidad recíproca de deudor y de acreedor por una sola deuda no los afecte a todos y quede alguno fuera de ella, se podría derivar hacia él el cumplimiento de la prestación indivisible, solución para la que se tiene en cuenta que únicamente la imposibilidad del cumplimiento por partes mantiene a los coacreedores pendientes de la ejecución a uno solo de ellos, o concentra en cualquiera de los codeudores el cumplimiento por todos. El fenómeno de la confusión es independiente de la naturaleza de la prestación y no imposibilita el cumplimiento cuando no afecta a la totalidad de las partes[735].

Vamos a plantear un ejemplo para este caso.

Tres deudores deben a un acreedor común un vehículo valorizado en sesenta mil soles. El deudor 1 es hijo único y huérfano de madre, pero existen otros dos codeudores en la relación obligacional ajenos a cualquier eventual sucesión *mortis causa*. El padre del deudor 1 es el acreedor. Éste fallece y, por lo tanto, el deudor 1, al convertirse en único heredero de su padre (el acreedor), consolida en su persona las calidades de acreedor de la totalidad de la deuda y de deudor de parte de ella. Es ahora ese hijo, convertido por las circunstancias en acreedor, quien puede exigir el cumplimiento de la prestación a sus antiguos codeudores. Pero no sería justo que esos dos deudores deban ejecutar por su cuenta y costo el íntegro de la prestación (que antes se dividía respecto de tres codeudores). Aún más, uno de esos tres codeudores que contrajo la obligación es ahora acreedor del íntegro de la prestación. Por tanto, la ley le exigirá que entregue a cada uno de dichos codeudores la suma de veinte mil soles (su parte en la obligación original) o garantice

734 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 47 y 48.

735 Estos principios son también compartidos por Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 517).

su entrega, para que, a su turno, pueda exigir la entrega del vehículo avaluado en sesenta mil soles. Sin embargo, vale la pena aclarar que seguimos en presencia de una obligación indivisible y que, por lo tanto, cada uno continúa respondiendo por el íntegro del vehículo (sin perjuicio de la restitución de los veinte mil soles por el excodeudor del bien indivisible y hoy acreedor).

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

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

Para el caso de las obligaciones solidarias tenemos el artículo 1191. Esta norma contempla, a su vez, los supuestos de solidaridad activa y solidaridad pasiva.

Respecto de la solidaridad activa, se establece que la consolidación operada entre uno de los acreedores y el deudor común solamente extingue la obligación en la parte correspondiente a dicho acreedor. En relación con la solidaridad pasiva ocurre algo similar, pero a la inversa, puesto que la consolidación operada entre uno de los deudores y el acreedor común sólo extinguirá la obligación de dicho deudor, pero no las de los demás, frente a los cuales dicho exdeudor se convertirá en el nuevo acreedor; a diferencia del caso anterior, en que el exacreedor se convertirá en deudor de los otros coacreedores.

León Barandiarán[736], citando a Bibiloni, señala al respecto lo siguiente:

> La unión en la misma persona del crédito y la deuda solidaria, produce una verdadera extinción de ellas por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor es, por ejemplo, heredero de uno de los deudores solidarios, no es heredero solamente en la parte de éste en la deuda, es heredero en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades coextensas. Debe todo y es acreedor de todo. Establecer como lo hace el Código francés y lo repite el artículo 866 (se refiere al Código Civil argentino), que sólo hay extinción por la parte que se tiene según las relaciones internas entre codeudores, es confundir dos cosas perfectamente distintas. La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en la que no existen partes. Se da al acreedor o a cada uno de los acreedores una ventaja: la de que cada obligado debe el todo. Por qué se ha comprometido a ello, es asunto ajeno a la relación creditoria. Son negocios que ni se comunican al acreedor, ni le afectan aunque los conozca. Por eso, exigió la prestación de uno por todos, y de todos por uno. A su vez, el

736 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, pp. 150 y 151.

> deudor frente a sus codeudores, tiene otra clase de relaciones. El deudor tendrá o no, en virtud de esa situación, una acción de regreso. El acreedor, un reclamo por todo o parte de lo que su acreedor percibió, o dejó de percibir, o no tendrá ninguno. Esa faz interna se rige por las reglas de la relación que la engendra. No tienen nada que ver con la solidaridad. Si es así, la confusión debe producir su efecto sobre la obligación y debe producirlo sobre las relaciones interiores. La superposición del crédito y la deuda decidirán la extensión de la anulación recíproca. ¿Es por el todo? Por el todo; es la extinción, y en la solidaridad no hay crédito ni deuda, sino por el todo. La confusión extingue, pues, toda la solidaridad, si es permitido expresarse así; sólo deja subsistente la acción de regreso, amparada por la subrogación en los derechos del acreedor, que es lo que cabalmente produce la unión de esa calidad con la del deudor.

Como dice Luis de Gásperi[737], los artículos 1209 y 1309 *in fine* del Código Napoleón contemplan el caso de que uno de los deudores venga a ser heredero único del acreedor o que el acreedor venga a ser heredero único de uno de los deudores, respectivamente, situaciones ambas en las cuales la confusión no extingue el crédito solidario más que por la parte y porción del deudor o acreedor.

Precisa De Gásperi que el artículo 1301 de dicho Código dispone que cuando se realiza la confusión en la persona del deudor principal, aprovecha a sus fiadores. Lo que se opera en la persona del fiador no implica la extinción de la obligación principal. La que tiene lugar en la persona del acreedor, no aprovecha a sus codeudores solidarios más que en la porción en la cual era deudor. Así, entiende De Gásperi que, si hay cuatro deudores solidarios, uno de los cuales deviene heredero del acreedor común, la confusión operada de esta suerte, si impide que éste accione contra sí mismo por la parte que al difunto correspondía en la obligación, no le impide accionar contra los otros, con deducción de la parte en que él mismo viene a ser acreedor; en tanto que, si alguno de los codeudores resultase insolvente, debe soportar la cuota que en la porción del insolvente le corresponde.

Por su parte, Pothier[738] sostiene que cuando uno de los deudores solidarios se ha convertido en único heredero del acreedor, la deuda no por esto queda extinguida para los otros deudores, pues la confusión *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem*. Mas ese deudor, convertido en heredero del acreedor, no puede exigirla de los otros deudores sino con deducción de la parte a que venía obligado *vis* a *vis* de ellos; y si hay algún insolvente, debe, además, llevar la carga de la parte que le toque en la porción del insolvente; se da lo mismo en el caso inverso, esto es, cuando el acreedor se ha convertido en único heredero de uno de los deudores solidarios.

737 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, pp. 91 y ss.

738 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 228.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación solamente el artículo 1191 del Código Civil peruano, en virtud de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181; si fuese divisible y solidaria no sería de aplicación el artículo 1178, ya que sólo está referido a la indivisibilidad, pero sí el artículo 1191 relativo a la solidaridad; y si fuese indivisible y mancomunada se aplicaría, desde luego, el artículo 1178, referente a la indivisibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación y otras formas de extinción de obligaciones entre el deudor y uno de los acreedores

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1179

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

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

FONDO EDITORIAL CASTILLO LAREYRE

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, regulaba el tema en su artículo 49: «Si uno de los acreedores ha hecho remisión de la deuda o ha consentido en recibir otra prestación en lugar de la debida, el deudor no está liberado frente a los otros acreedores. Estos, sin embargo, no pueden pedir la prestación indivisible sino adeudándose o bien reembolsando el valor de la parte de aquél que haya hecho la remisión o que haya recibido la prestación diversa.— La misma disposición se aplica en caso de transacción, novación, compensación y confusión»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 58: «La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.— La misma regla se aplica en los casos de compensación, remisión, consolidación y transacción»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1200: «La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.— La misma regla se aplica en los casos de compensación, remisión, consolidación y transacción»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1147: «La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.— La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción».

2. Análisis

El artículo 1179 del Código Civil peruano establece reglas relativas a las consecuencias que se producirían en caso de realizarse una novación, compensación, condonación, consolidación o transacción entre el deudor y uno de los coacreedores de prestación indivisible.

Prescribe la referida norma que, si entre el deudor común y uno de los acreedores ocurriese alguno de esos actos, él extinguiría la obligación, pero solamente para dicho acreedor, mas no para los otros coacreedores. Éstos, a su turno, no podrían exigir la prestación indivisible al deudor común, salvo que le reembolsaran el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor interviniente en tales actos o garantizaran su reembolso.

El sentido del precepto es que al deudor que practicó dicho acto con uno de los coacreedores no se le podrá exigir un doble cumplimiento de prestaciones.

En efecto, por un lado, deberá ejecutar el íntegro de la prestación novada —para referirnos tan sólo al caso de la novación— con el acreedor respectivo; y, por el otro, ejecutar la prestación original con los demás coacreedores, pero exigiendo el reembolso de la parte del acreedor con quien novó o la garantía de dicho reembolso. En caso contrario estaría cumpliendo con exceso la prestación a la que se obligó. Concuerdan con lo establecido por el artículo 1179 del Código Civil peruano, Barbero, Llambías, Alterini, Ameal y López Cabana y Guillermo A. Borda[739].

No obstante haber ilustrado al artículo 1179 del Código peruano con un ejemplo relativo a la novación, debemos dejar en claro, tal como antes lo expresamos, que esta norma resulta también de aplicación plena a los supuestos de compensación, condonación, consolidación y transacción, de conformidad con lo previsto por el segundo párrafo del artículo mencionado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

739 Barbero, Domenico. *Op cit.*, tomo III, p. 323; Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 440; Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op cit.*, pp. 201 y 202; y Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 456.

Conversión de obligación indivisible en obligación de indemnizar

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1180

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

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

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el punto en su artículo 50: «Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 59: «La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. Cada uno de los demás deudores quedará obligado por el íntegro de la indemnización»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1201: «La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. Cada uno de los demás deudores quedará obligado por el íntegro de la indemnización»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1148: «La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda».

2. Análisis

El artículo 1180 del Código Civil de 1984 contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento obedezca a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores.

En la hipótesis planteada en la citada norma, la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o a los acreedores de ésta.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización, mientras que cada uno de los codeudores que hubiese estado dispuesto a cumplir con la prestación, solamente contribuirá a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

El Código peruano, en el artículo 1180, dispone que este porcentaje se refiere al valor de la prestación, lo que podría conducirnos a entender que se está aludiendo

FERNANDO CASTRO PINTO

a la prestación original (aquélla que se incumplió) y no a la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación incumplida, pero entendida, sin duda, como parte integrante de la indemnización global de daños y perjuicios que se deberá al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación.

Con relación al artículo 1207 del Código Civil de 1936 (antecedente del actual artículo 1180), León Barandiarán[740] señalaba que:

> La obligación indivisible, como toda obligación, es susceptible de transformarse en una de daños y perjuicios, que por su propia índole es divisible. Surge entonces la cuestión de saber hasta qué punto la indivisibilidad originaria trasciende a la nueva modalidad de la realización de la obligación, de la solución indemnizatoria. Ha desaparecido el obstáculo natural para una ejecución parcial. Nuestro mismo artículo 1207 (León Barandiarán habla del Código de 1936) se refiere a estos asuntos estableciendo en la primera parte que la obligación se resuelve en la de pago de daños y perjuicios. Pero, desde luego, hay que preguntarse cuándo ello puede ocurrir. Indudablemente cuando incumple la primitiva obligación cualquiera de los deudores.
>
> En cuanto a la prestación misma, pues, quedan siempre responsables los que se obligaron a ella, al generarse la estipulación; la culpa en que ha incurrido uno de los codeudores no tiene por qué modificar la situación originaria de los otros frente al acreedor, esto es, su obligación para responder por la prestación misma convenida. Pero en lo que se refiere a los daños y perjuicios, la responsabilidad ha de ser personal, porque deriva de un hecho que en sí es siempre personal: la culpa. Sólo el deudor al que ésta atañe cargará, por consiguiente, con tales daños y perjuicios.

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

Pensamos que habría sido aconsejable que el Código Civil recogiera en el texto del artículo 1180 una precisión, en el sentido de que en las relaciones internas

740 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 111.

entre los codeudores sólo los culpables asumen el íntegro de la indemnización a que haya lugar; no obstante lo cual no existe otra solución jurídicamente correcta.

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

Advertimos desde ahora, sin embargo, que, para el caso de los daños y perjuicios en las obligaciones solidarias, el segundo párrafo del artículo 1195 del Código peruano establece que el acreedor podrá pedir su resarcimiento solamente al codeudor responsable del incumplimiento, o, de ser varios los responsables, demandarlos a todos ellos de manera solidaria.

Debemos precisar que dicho segundo párrafo del artículo 1195, con la solución señalada, podría aparentar ser contradictorio con el primer párrafo, ya que éste eventualmente daría a entender que responden solidariamente tanto los codeudores culpables de la inejecución como aquellos no culpables de ella, en tanto que el segundo parecería establecer que sólo responderían solidariamente los codeudores culpables. Esta, sin duda, constituiría una evidente contradicción, que sería susceptible de generar erróneas interpretaciones de la norma.

El sentido correcto del artículo 1195, empero, es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores, determina que cada uno de los no culpables sólo esté obligado a pagar, por concepto de daños y perjuicios, de manera solidaria, hasta el monto del valor del íntegro de la prestación incumplida, mientras que el culpable o los culpables responden, también solidariamente, no sólo por el íntegro de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio a que tenga derecho el acreedor.

La norma citada, por lo demás, tampoco señala en forma explícita el derecho del codeudor no culpable que pagó para exigir la restitución contra el codeudor culpable.

Sin perjuicio de lo anotado sobre las obligaciones solidarias, conviene revisar las reglas sobre la responsabilidad de los codeudores en la obligación indivisible.

En primer lugar, cabe señalar que cuando se incumple una obligación, ello puede obedecer a que la prestación devino en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores. Pero también puede ocurrir que ese incumplimiento culposo no se haya generado por la imposibilidad de ejecución, sino simplemente porque no se deseó cumplir o no se cumplió con la prestación.

Si luego del incumplimiento la ejecución de la prestación todavía resultase posible, sería evidente, a menos que fuera necesario emplear violencia contra las personas de los deudores, que el acreedor, si lo estima conveniente, demande en la vía judicial la ejecución forzosa de la obligación, además de los daños y perjuicios ocasionados.

BRUNO MARCO CASTRO FERREYRA

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

En caso de que se llegara a ejecutar la prestación originaria, los codeudores tendrían derecho a exigir al acreedor el pago de la correspondiente contraprestación, si la hubiere. En caso de que no se llegara a ejecutar la prestación originaria, también resulta claro que dichos codeudores no podrían exigir la contraprestación, si la hubiere.

Por lo demás, si la prestación originaria resulta exigible y de cumplimiento posible, los codeudores obligados responderían de manera indivisible por ella, pues así se obligaron.

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles

Artículo 1181.- Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1181

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 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 de Jorge Vega García del año 1973 tampoco trata el tema. Éste es abordado por primera vez en el Perú en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en sus artículos 54: «Las obligaciones indivisibles se rigen por las normas de las obligaciones solidarias, salvo lo dispuesto por los artículos siguientes.— Tampoco se aplican a las obligaciones indivisibles las reglas previstas por los artículos 62, 68, 79, 80 y 81», y 60: «Si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, subsistiendo, sin embargo, lo dispuesto por el artículo 56».

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

2. Análisis

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

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

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

Podemos afirmar que existen determinados preceptos de las obligaciones solidarias, que, por su naturaleza, también resultan indispensables para la solución de problemas susceptibles de plantearse en las obligaciones indivisibles, obligaciones que no contienen normas propias respecto de esos temas particulares.

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

De allí la razón del primer párrafo del artículo 1181.

Sin embargo, hay que subrayar que tales principios se aplican simplemente por ser comunes a las obligaciones indivisibles; es decir, se trata de normas que, en estricto, se habrían debido legislar también en sede de obligaciones indivisibles. No se piense que por esa aplicación (dada, repetimos, por ser principios comunes a las obligaciones indivisibles y a las obligaciones solidarias) las obligaciones indivisibles y mancomunadas tienen algo de solidarias.

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

Está claro que ésta constituye la manera más conveniente de obligarse para el acreedor (en el caso de pluralidad de deudores), a la par que la más gravosa para los diversos codeudores frente a uno o varios acreedores comunes.

Hemos señalado que las obligaciones solidarias se rigen, en ciertas ocasiones, por normas distintas de aquéllas que corresponden a las obligaciones indivisibles. Es verdad que en algunos casos los efectos de ambas obligaciones son semejantes, mientras que en otros no lo son. Ejemplo de este último supuesto sucede en el caso previsto por los artículos 1177 y 1187, los que nos hacen ver que mientras la indivisibilidad se hereda en esta condición, la obligación solidaria no se hereda en la misma condición, sino en calidad de mancomunada (ello, naturalmente, con las enormes salvedades naturales de los principios del Derecho Sucesorio, estudiadas en su oportunidad).

Pero en relación al resto de normas, la situación que legislativamente es solucionada por el segundo párrafo del artículo 1181, en la práctica ofrece algunos inconvenientes adicionales.

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

Luego de efectuar un minucioso análisis de cada una de las reglas de las obligaciones solidarias, que en virtud de lo dispuesto por el referido segundo párrafo del artículo 1181 se aplicarían a las obligaciones en que concurran las calidades de indivisible y solidaria, llegamos a la siguiente conclusión: no todas las normas de las obligaciones solidarias son susceptibles de aplicarse al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, ya que en dichos casos, por la naturaleza indivisible de la prestación, lo propio sería regularlas por los preceptos de la indivisibilidad.

Así vemos que el artículo 1187, norma propia de la solidaridad, no rige cuando una obligación es a la vez indivisible y solidaria; ya que, en este caso, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, va implícito que al aplicarse el artículo 1177 se deja de lado al artículo 1187; pero ello no se señala con claridad suficiente. Aunque este principio jurídico, sin duda, es absolutamente idóneo.

No sucede lo mismo con relación al artículo 1189, referido a la posibilidad de que uno de los codeudores practique con el acreedor común una novación, una compensación, una condonación o una transacción respecto de la obligación, pero limitándose a la parte de dicho codeudor. Como regla propia de la solidaridad, no sería posible aplicarla a las obligaciones de prestación indivisible, pues dichos actos no pueden negociarse parcialmente, dada la naturaleza de la prestación.

Lo propio ocurre con el segundo párrafo del artículo 1190, norma de la solidaridad activa, cuando se ubica en el supuesto de que tales actos hubieran sido

GUSTAVO ORTIZ CANALES PERÚ

realizados entre el deudor común y uno de los acreedores, pero limitándose a la parte que corresponda a este último.

En relación con el artículo 1191, precepto propio de la solidaridad, al establecer que la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o deudor, deviene en incompleta y no regula el tema contemplando la naturaleza propia de las obligaciones indivisibles. En tal sentido, el artículo 1191, para el caso de las obligaciones indivisibles y solidarias, nos parece incompleto e insuficiente, razón por la cual consideramos necesario aplicar a estas obligaciones lo dispuesto por los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, que sí regulan de manera adecuada el tema de la consolidación en las obligaciones indivisibles.

Además, observamos que el artículo 1200, norma propia de la solidaridad, deviene en inaplicable cuando nos encontramos en presencia de una obligación que reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria, pues en este caso, dada la naturaleza de la indivisibilidad, resultaría imposible que el acreedor renunciara a la indivisibilidad en favor de uno de los deudores, salvo que se tratara del caso de una indivisibilidad por pacto o que decidan desnaturalizar el bien.

Lo mismo ocurre con el artículo 1201, norma propia de la solidaridad, que regula el supuesto del acreedor que renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, cuando alguno de los otros fuese insolvente, precepto que, a todas luces, resulta inaplicable si la obligación es, además de solidaria, indivisible, con la salvedad de la indivisibilidad contractual, también susceptible de renuncia.

Luego de haber analizado los preceptos de la solidaridad que no pueden aplicarse cuando una obligación es además indivisible —no obstante lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181—, nos corresponde señalar que existen determinados preceptos de las obligaciones indivisibles, que deberían regir cuando la obligación reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria.

En primer lugar, el artículo 1177, relativo a la manera o condición en que se hereda la indivisibilidad, norma que acertadamente incluye el artículo 1181 del Código Civil en su segundo párrafo, que desplaza, como ha sido anotado, al artículo 1187, precepto propio de la solidaridad.

Adicionalmente, como dijimos en su momento, consideramos que deberían también aplicarse a las obligaciones que simultáneamente sean indivisibles y solidarias los artículos 1178 y 1179 segundo párrafo, preceptos propios de las obligaciones indivisibles, que desplazan por incompleto e insuficiente al artículo 1191, que debe ser privativo de la solidaridad.

En tal sentido, consideramos que la redacción correcta del artículo 1181 del Código Civil peruano debería ser la siguiente:

Artículo 1181.- Las obligaciones indivisibles se rigen por sus propias normas y por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso, lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VI
Obligaciones mancomunadas y solidarias
(Artículos 1182 al 1204)

Obligaciones mancomunadas
1. Fuentes nacionales del artículo 1182
2. Análisis

La solidaridad y la presunción de mancomunidad en las obligaciones con pluralidad de sujetos
1. Fuentes nacionales del artículo 1183
2. Análisis

Solidaridad pasiva. Obligación de los deudores con modalidades diferentes
1. Fuentes nacionales del artículo 1184
2. Análisis

Cumplimiento de las obligaciones solidarias activas
1. Fuentes nacionales del artículo 1185
2. Análisis

Cumplimiento de las obligaciones solidarias pasivas
1. Fuentes nacionales del artículo 1186
2. Análisis

Transmisión *mortis causa* de la obligación solidaria
1. Fuentes nacionales del artículo 1187
2. Análisis

Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción de la totalidad de la obligación, practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias
1. Fuentes nacionales del artículo 1188
2. Análisis

Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción parcial de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias
1. Fuentes nacionales del artículo 1189
2. Análisis

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción total o parcial de la solidaridad entre el deudor y uno de los acreedores

1. Fuentes nacionales del artículo 1190
2. Análisis

Extinción parcial de la solidaridad por consolidación

1. Fuentes nacionales del artículo 1191
2. Análisis

Excepciones pasibles de ser opuestas

1. Fuentes nacionales del artículo 1192
2. Análisis

Efectos de la sentencia

1. Fuentes nacionales del artículo 1193
2. Análisis

Constitución en mora de un codeudor o de un coacreedor solidario

1. Fuentes nacionales del artículo 1194
2. Análisis

Efectos del incumplimiento culpable de uno o más codeudores solidarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1195
2. Análisis

Interrupción de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1196
2. Análisis

Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1197
2. Análisis

Renuncia a la prescripción por un codeudor solidario o en favor de un coacreedor solidario

1. Fuentes nacionales del artículo 1198
2. Análisis

Reconocimiento de la deuda por un codeudor solidario o a favor de un coacreedor solidario

1. Fuentes nacionales del artículo 1199
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Renuncia del acreedor a la solidaridad

1. Fuentes nacionales del artículo 1200
2. Análisis

Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de uno de los deudores, resultando insolvente(s) otro u otros de los deudores solidarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1201
2. Análisis

Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de parte de los frutos o intereses

1. Fuentes nacionales del artículo 1202
2. Análisis

División de la obligación en las relaciones internas entre los diversos codeudores o coacreedores solidarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1203
2. Análisis

Supuesto de insolvencia de algún codeudor solidario

1. Fuentes nacionales del artículo 1204
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

Obligaciones mancomunadas

Artículo 1182.- Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

1. Fuentes nacionales del artículo 1182

El artículo 1182 del Código Civil peruano no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

Su primer antecedente nacional fue el artículo 1300 del Código Civil de 1852: «Si dos o más se obligan juntamente, sin mancomunidad expresa, y sin designar la parte de que cada uno se constituye responsable, quedan obligados por iguales partes».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trató el tema en varias de sus normas, esto es en los artículos 1534: «Es mancomunada la obligación cuando hay más de un deudor, o más de un acreedor, y tiene por objeto una sola prestación. La obligación mancomunada puede ser o no, solidaria»; 1535: «En la obligación mancomunada no solidaria, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales, cuantos acreedores o deudores hay, si el título que la constituye, no ha establecido partes desiguales entre los interesados, o si de ese título no resulta que el crédito o la deuda se deben dividir a prorrata del interés que cada acreedor, o cada deudor tengan en el negocio, a que se refiere la obligación. Las partes de los diversos acreedores se consideran como otros tantos créditos y las de los deudores como otras tantas deudas, todas distintas entre sí»; 1536: «Cuando el objeto de la obligación simplemente mancomunada o no solidaria es una cosa divisible, cada acreedor puede demandar sólo por su parte del crédito; y el deudor que paga la deuda íntegra a un acreedor, sin consentimiento expreso de los otros deudores, no se subroga en los derechos que contra éstos tienen los otros acreedores»; 1537: «La insolvencia de uno de los deudores mancomunados perjudica al acreedor, y no a los otros deudores»; 1538: «En las obligaciones simplemente mancomunadas cuyo objeto es divisible, los actos que interrumpen la prescripción, si emanan de un solo acreedor, no aprovechan a los demás, y si se

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

dirigen contra un solo deudor, no pueden oponerse a los otros deudores»; 1539: «En las obligaciones no solidarias cuyo objeto es indivisible, la prescripción alcanzada por un deudor contra un acreedor aprovecha a todos los deudores; e interrumpida aquélla por un acreedor contra un deudor, beneficia a todos los acreedores, y perjudica a todos los deudores»; y 1540: «La culpa de uno de los deudores no produce efecto respecto de los otros».

El precepto no registra antecedentes en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; así como tampoco 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 de Jorge Vega García del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, reguló el particular en su artículo 61: «Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hizo en el artículo 1203: «Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1150: «Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles».

2. Análisis

2.1. Concepto

Tal cual lo hemos advertido, en materia de obligaciones de sujeto plural existen cuatro categorías posibles: obligaciones divisibles y mancomunadas; obligaciones divisibles y solidarias; obligaciones indivisibles y mancomunadas; y obligaciones indivisibles y solidarias.

Es más, toda obligación de sujeto plural tiene que pertenecer necesariamente a una de esas cuatro categorías. No existe una quinta combinación, ni tampoco la posibilidad de encontrar una obligación divisible que sólo sea divisible o una indivisible que sólo sea indivisible.

Las obligaciones divisibles, además de ser divisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias; y las obligaciones indivisibles, además de ser indivisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias. No existe la posibilidad de encontrarnos con una obligación que no reúna estos criterios.

Por eso la calificación es doble. Primero, hay que determinar la divisibilidad o indivisibilidad; y esa divisibilidad o indivisibilidad se obtiene en razón de los criterios que la imponen: naturaleza, mandato legal, múltiplos (número de deudores y/o acreedores) y, por último, eventuales pactos de indivisibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tales criterios nos conducen a concluir si la obligación es divisible o indivisible; y ellos son distintos a los que nos permitirán determinar si la obligación es mancomunada o solidaria.

Ahora bien, de acuerdo a la primera de las categorías previstas, una obligación puede ser divisible y mancomunada a la vez.

Nuestro Código Civil no contempla definición alguna para las obligaciones mancomunadas. Tampoco define a las obligaciones divisibles, pero se refiere (a través de su artículo 1172) al crédito y al débito de la prestación.

Una obligación divisible y mancomunada es la división absoluta del crédito y la división absoluta de la deuda. Así, en la obligación divisible y mancomunada el crédito y la deuda se dividen entre tantos deudores como acreedores haya, de manera tal que cada deudor satisface la deuda pagando su parte y cada acreedor satisface su crédito cobrando su parte.

Como ejemplo, podemos referirnos a las deudas contraídas por los consorcios. Así lo ha señalado la jurisprudencia nacional en la Casación n.° 928-2003-Lima, de fecha 13 de agosto de 2003, «Cuando un consorcio asume una obligación, sus miembros son responsables mancomunadamente. *Octavo.* A falta de pacto de solidaridad, o disposición de la ley, cuando el consorcio asume una obligación, sus miembros son responsables mancomunadamente, conforme a los artículos 1182 y 1172 del Código Civil, de modo que cada uno se encontrará obligado sólo respecto a la cuota que le corresponde, presumiéndose en las obligaciones divisibles que, en caso de deuda, la misma se reputa dividida en tantas partes iguales como deudores existan, y en el caso concreto de cuantos consorciados existan».[741]

Como hemos visto, el Código Civil regula el tema de las obligaciones divisibles en los artículos 1172, 1173 y 1174.

Las obligaciones mancomunadas, en cambio, sólo tienen una norma parcamente expresada en el artículo 1182 del Código Civil. En ella se establece que las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Ahora bien, respecto al concepto propiamente dicho de las obligaciones mancomunadas, Luis de Gásperi[742] señala que con la expresión «mancomún» no se trata de traducir tanto la idea de deudores unidos por el «título» para una prestación estipulada a favor de uno o de varios acreedores, o sea, por la causa, como pretende Planiol, sino más bien el supuesto de concurrir todos los deudores en una relación jurídica para un fin de la que es contenido la obligación común. Agrega De Gásperi que esta designación ha caído en el disfavor de Juan Antonio Bibiloni, quien la tiene por imprecisa dado que sólo puede referirse al hecho originario, y no a las obligaciones resultantes. De Gásperi anota que, sin prejuz-

741 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 889. [Texto correspondiente a la tercera edición]

742 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 11 y ss.

gar el valor pedagógico de la tradición, seguirá adoptándola en la docencia. De este modo, la divisibilidad de la prestación en el caso de pluralidad de sujetos, no basta, desde luego, para que la obligación sea simplemente mancomunada, pues existen otros requisitos.

Añade el tratadista que esta figura de origen romano se dio en la estipulación plural por el concurso a un mismo tiempo de dos o varios coestipulantes (*duo rei sttipulandi*) y de dos o varios coprometientes (*duo rei promittendi*), llamados cada uno de éstos a responder verbalmente a la interrogación, también verbal, aislada y sucesiva de aquéllos, de suerte a formar tantos créditos y tantas deudas distintas cuantos contratos se habían así concluido. De esta manera, por virtud de la unidad del acto derivado del concurso de intenciones, todas las promesas formaban un haz de donde resultaba que cada deudor no estuviese obligado sino a prorrata y cada acreedor no tuviese sino un derecho fraccionado correlativo a cada una de esas deudas; siendo tal la regla *concursu partes fiunt*. De este modo, una, en apariencia, la obligación, se descomponía *ipso iure* por medio de un simple cálculo, en tantas obligaciones aisladas y créditos correlativos aislados como personas hubiese de cada lado. En el análisis de De Gásperi, en tales supuestos se presumía que las partes eran iguales, por lo que recibían el nombre de partes viriles, *pro numero virorum*.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[743], al tratar acerca de las obligaciones que ellos llaman «en mano común», lo exacto es decir que, en el caso de pluralidad de acreedores, el crédito mismo (y no sólo su ejercicio) no corresponde sino a todos ellos conjuntamente, no dirigiéndose, en el supuesto de pluralidad de deudores, sino contra todos los deudores conjuntamente y no contra el deudor singular como persona individual; agregan que esta manera de determinar el concepto no contradice en modo alguno la naturaleza de las normas jurídicas, pues el ordenamiento jurídico no consta solamente de mandatos a favor de individuos o dirigidos a éstos, sino que aquéllos pueden dictarse igualmente a favor de varios sujetos unidos en una cierta pluralidad, de manera que sólo surtan efecto a favor de todos.

Por otra parte, se discute doctrinariamente si es que en las obligaciones mancomunadas estamos frente a una obligación única, o si hay varias obligaciones; si se trata de un solo vínculo, o si hay tantos vínculos como sujetos intervinientes.

A decir de Eduardo B. Busso[744], algunos autores afirman que en la obligación conjunta hay siempre pluralidad de vínculos, en tanto que otros admiten esa solución solamente en los casos de obligaciones mancomunadas, en las que cada sujeto actúa independientemente, sin que sus actos comprometan a los compañeros, pero la niegan en las solidarias, en las cuales, por regla general, los actos

743 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 437 y 438.
744 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 19.

de un sujeto son oponibles a los demás integrantes del grupo acreedor o deudor a que pertenezca.

Busso se adhiere a la tesis de la pluralidad de vínculos porque considera que existe algo personal o propio en la relación de cada uno de los deudores con el acreedor común, o, en su caso, en la de cada uno de los acreedores con el deudor; añade que la incorporación de cada uno de los sujetos al vínculo común ha constituido un acto personal de este contratante, independiente de los paralelos actos incorporativos (*sic*) otorgados por sus compañeros, pudiéndose inferir de ello, como legítima consecuencia, que el vínculo surgido de ese acto con relación a ese sujeto es también independiente de los otros vínculos que surjan de aquellos otros actos paralelos.

Otro de los argumentos que inclinan a Busso hacia la tesis de la pluralidad de vínculos es que esta teoría explica mejor el hecho de que cada uno de los participantes, aparte de los intereses comunes a los de sus compañeros, persiga otros intereses, derechos y prerrogativas personales frente a ellos.

La tercera razón por la cual Busso se adhiere a esta tesis está constituida por una serie de textos legales de su país que confirman esa independencia de los distintos vínculos, tanto en las obligaciones simplemente mancomunadas como en las solidarias.

La cuarta razón es que el hecho de que en dichas disposiciones los efectos de ciertos actos otorgados por un sujeto alcancen a los otros interesados no constituye un argumento contra esta tesis, ya que esa propagación de efectos puede muy bien explicarse por razones referentes a la vinculación interna de los miembros del grupo entre sí, y que nada tienen que ver con la pluralidad de los vínculos que los unan a ellos con la otra parte.

Como quinta razón, Busso señala que cada uno de los acreedores solidarios puede disponer de su derecho, sin que ello afecte a los otros acreedores, confirmando esto la independencia de los vínculos.

Y como último argumento, el citado jurista precisa que, si muere un coacreedor o un codeudor solidario, cada uno de sus herederos sólo será acreedor o deudor, por una parte, es decir, que operará el fraccionamiento de ese derecho, que en cambio no alcanzará a los derechos de los otros compañeros del grupo.

De otro lado, y ya haciendo referencia al concepto mismo de este tipo de obligación, Jorge Eugenio Castañeda[745] señala que son obligaciones mancomunadas aquéllas en que, habiendo varios acreedores o deudores y un solo objeto debido, cada deudor está obligado al pago de su cuota, y que cada acreedor no puede exigir sino la suya.

745 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo I, p. 221.

Para Alberto Trabucchi[746], la obligación se llama mancomunada cuando todos tienen únicamente una obligación o derecho proporcional a su participación en el vínculo obligacional. Para Francesco Messineo[747] esta obligación comporta que, siendo varios los sujetos (activos o pasivos), cada uno de ellos puede pedir válidamente la propia parte de la prestación, o, respectivamente, realizar la propia parte de la prestación, en este último caso con efecto liberatorio.

Llambías[748] entiende por mancomunación al fenómeno de estar constituida la obligación a favor de varios acreedores o a cargo de varios deudores, pudiendo ser esta mancomunidad simple o solidaria. La simple —que para el régimen peruano es la mancomunidad a secas— se da cuando el hecho de coexistir en la obligación varios acreedores o deudores no ha introducido asociación de intereses entre ellos, razón por la cual la pluralidad de sujetos es extrínseca a la estructura de la obligación que sigue gobernada por el principio general de división o fraccionamiento.

Cazeaux y Trigo Represas[749] señalan que, en las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide entre todos los acreedores y todos los deudores, considerándose las partes de los diversos acreedores o deudores, como constituyendo otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros. Este fraccionamiento de la obligación sólo puede ser cumplido, en lo que concierne a las relaciones de los acreedores con los deudores, si la prestación es divisible, ya que cuando la prestación no es susceptible de fraccionamiento, el régimen aplicable es el de las obligaciones indivisibles, y en tal supuesto cualquiera de los acreedores tendría derecho a exigir, o a cualquiera de los deudores podrá serle requerido, el cumplimiento íntegro de la prestación. De ahí que en la doctrina haya surgido la interrogante acerca de si pueden existir obligaciones simplemente mancomunadas con objeto indivisible, o si, por el contrario, es imprescindible que el objeto de éstas sea susceptible de fraccionamiento[750].

Sobre este último punto, anotan Cazeaux y Trigo Represas que un sector de la doctrina, conformado por Aubry y Rau, Lafaille, Salvat y Galli, Busso, Rezzónico y Moisset de Espanés, admite aquella posibilidad, en tanto De Gásperi y Borda, en posición opuesta, exigen la concurrencia de una prestación divisible.

En el Perú, H. Gustavo Palacio Pimentel[751] señala que una obligación es simplemente mancomunada o a prorrata cuando el derecho o el crédito es atribuido por partes o cuando la obligación, la deuda, es imputable por partes, es decir, cuando habiendo varios acreedores o deudores, y un solo objeto, cada deudor está obli-

746 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 29.

747 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 416.

748 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 451-453.

749 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 648.

750 Dentro de esta misma línea de pensamiento se pronuncian Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 183.

751 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, p. 271.

gado al pago de su cuota y cada acreedor sólo puede exigir su parte; precisa que en estas obligaciones el crédito o la deuda se divide o distribuye entre todos los acreedores o deudores, respectivamente.

Cabe señalar que la insolvencia de uno de los deudores de obligación mancomunada debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores. Busso fundamenta este principio en el hecho de que todo crédito —que en esencia es una expectativa— lleva en sí mismo la posibilidad de no realizarse por insuficiencia patrimonial del deudor, siendo ese evento un riesgo que jurídicamente incumbe al titular del derecho; indica que en los casos de mancomunidad no se establece entre los codeudores ninguna relación jurídica o económica que cree entre ellos una comunidad de intereses o justifique una recíproca garantía en favor del acreedor.

Finalmente, cabe señalar —en el tema referido al concepto de las obligaciones mancomunadas— que la jurisprudencia se orienta en el sentido señalado líneas atrás, al indicar que la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores y su exigibilidad por parte de éstos a aquéllos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por su fracción correspondiente en el cumplimiento total de la prestación, y pudiendo exigir cada acreedor a cada deudor sólo su participación en el total de la prestación[752].

2.2. Reglas aplicables a las obligaciones solidarias

Como hemos señalado en más de una oportunidad, una obligación puede ser divisible y solidaria.

La divisibilidad nos dice que la deuda se divide entre tantos deudores como acreedores haya, es decir, que cada deudor solamente paga su parte y que cada acreedor únicamente cobra su parte.

La solidaridad, en cambio, establece que los acreedores pueden cobrar el íntegro a cualquiera de los deudores (solidaridad pasiva) o el deudor pagar el íntegro a cualquiera de los acreedores (solidaridad activa).

Siendo ello así, en principio, una obligación divisible y solidaria constituye una obligación en donde el crédito y la deuda se dividen y a la vez no se dividen.

Las reglas de la divisibilidad y la solidaridad son como el agua y el aceite. No podemos mezclarlas, no es posible aplicar unas normas de una figura y de la otra.

La solidaridad implica fortaleza para el cobro, ya que permite cobrar todo a un solo deudor, a varios o a todos. La divisibilidad, por el contrario, implica debilidad para el cobro. Esta importante diferencia hace que las reglas que se apliquen

752 Casación n.º 166-2004-Piura.

cuando la obligación sea a la vez divisible y solidaria, sean las de la solidaridad. En este caso, entonces, la solidaridad se impone.

En ese sentido, observamos el pronunciamiento de la Corte Suprema en la Casación n.° 3544-2016-Lambayeque, que señala lo siguiente: «*Sétimo.*- En ese sentido, si el pago total del precio de venta realizado por la demandada a uno de los vendedores —Neptalí Tantachuco Chiscul— es ineficaz respecto al demandante, entonces debe resolverse el contrato de compraventa de fecha cinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho, únicamente en relación a él, y no la totalidad del contrato, como han concluido las instancias de mérito, habida cuenta que la demandada no ha acreditado que el pago total del precio de venta realizado el ocho de febrero de dos mil uno haya surtido efectos respecto al demandante, teniendo en cuenta que, según lo pactado en el contrato sub materia, dicha prestación es una obligación divisible y mancomunada, conforme a los artículos 1172 y 1182 del Código Civil. De tal manera que, como consecuencia de la resolución del citado contrato, debe restituirse al demandante, en su condición de coheredero y copropietario, solamente la titularidad de la cuota ideal que le correspondía sobre el predio sub litis, y no la integridad del bien; y, a su vez, el accionante debe restituir la tercera parte de la suma de mil dólares americanos (US$1,000.00) recibidos por concepto de pago inicial del precio de venta, o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago, a favor de la demandada».[753]

Siguiendo lo señalado, podemos afirmar que, si la obligación fuese divisible y solidaria, primarán, en cuanto al objeto, las reglas de la divisibilidad; pero en cuanto a la exigibilidad y a numerosas consecuencias jurídicas, se aplicarán las reglas de la solidaridad.

El Código Civil peruano distingue —como ha sido precisado en su momento— las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, regulando ambas obligaciones en títulos distintos del libro pertinente. Tal situación, si bien es seguida por la generalidad de cuerpos legislativos de nuestra tradición jurídica, no es unánime.

De acuerdo al régimen del Código Civil peruano de 1984, si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177, según el cual la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor (artículo 1181). Sin embargo —como hemos visto—, esta norma peca por exceso y por defecto.

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

753 Consultado en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

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

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

Son propios de las obligaciones solidarias las reglas consignadas por los artículos 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204.

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

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

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

Lo anterior nos permite señalar que, si comparamos en paralelo las obligaciones indivisibles y solidarias en el Código Civil, podemos analizarlas en veintitrés rubros distintos. En esos veintitrés temas vamos a encontrar muchas coincidencias, ya que en algunos se van a aplicar las normas de la solidaridad, pero en algunos otros se van a aplicar las normas de la indivisibilidad.

Prevalecen, sin duda, las normas de la solidaridad, pero ello no significa que sólo se aplique un artículo de la indivisibilidad (como erróneamente lo dice el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil peruano); se aplican varios artículos de indivisibilidad, de donde se sigue que, en estricto, ambas conviven.

Así, cuando tengamos una obligación indivisible que a la vez sea solidaria, no podemos aplicar exclusivamente las normas propias de las obligaciones solidarias o las normas propias de las obligaciones indivisibles. La aplicación de unas u otras reglas dependerá del supuesto concreto. Usualmente se aplicarán reglas de las obligaciones solidarias y, a su vez, las reglas propias de las obligaciones indivisibles.

EDICIONES LEGALES

La solidaridad y la presunción de mancomunidad en las obligaciones con pluralidad de sujetos

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1183

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 no registra antecedente alguno sobre el tema.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regula la materia en varias normas, esto es, en los artículos 791: «Hay mancomunidad entre los acreedores, cuando el título concede expresamente a cada uno de ellos el derecho de exigir el pago total del crédito, y cuando el pago hecho a uno de ellos libra al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea partible entre los diferentes acreedores»; 792: «Toca al deudor elegir a cuál de los acreedores ha de satisfacer, mientras que alguno de ellos no le haya movido pleito. Sin embargo, la remisión que no se hace más que por uno de ellos, no le aprovecha sino en lo que a éste le corresponde»; 794: «Hay mancomunidad entre los deudores, cuando están obligados a una misma cosa; de manera que uno pueda ser reconvenido por el total, y cuando el pago que hace uno, deja libres a los demás»; 795: «La obligación puede ser mancomunada, aunque uno de los deudores esté obligado de diferente modo que el otro al pago de una misma cosa, por ejemplo, si uno está obligado condicionalmente y el otro no, o si el uno tiene término, y no el otro»; y 796: «La mancomunidad no se presume: es menester que sea estipulada expresamente. Esta regla no falla sino en el caso en que el derecho la supone, en virtud de una disposición particular de la ley».

El Código Civil de 1852 no registra antecedentes sobre la materia.

El Proyecto de Código Civil de 1890 regula el tema en varios preceptos, esto es, en los artículos 1542: «Son títulos constitutivos de solidaridad el contrato, el testamento y la decisión judicial con fuerza de cosa juzgada»; 1543: «La solidaridad no se presume, debe probarla el que la alega»; y 1544: «Para que se tenga por solidaria una obligación, es necesario que se exprese la solidaridad en términos inequívocos, ya sea obligándose los deudores que contratan *in-solidum*, o cada

VIRTUDES PAREDES CASTILLO FREYRE

uno por el todo, o cualquiera de ellos por los otros, ya afirmando terminantemente la ley, o la sentencia que imponen o declaran solidaridad».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trata sobre el particular en los artículos 164: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; y 166: «La solidaridad no se presume, y sólo proviene de la voluntad de las partes o de la ley»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hace en el artículo 156: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regula el tema en el artículo 1199: «La concurrencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores, en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto, cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1209: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la ley o la obligación expresamente lo determine constituyéndola con el carácter de solidaria».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 tiene el artículo 51: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la ley o la obligación expresamente lo determinan constituyéndola con el carácter de solidaria»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, cuenta con el artículo 62: «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa la determinan»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, con el artículo 1204: «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa la determinan»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, con el artículo 1151: «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

LA LEY PROHIBE SU COPIA O VENTA

2. Análisis

2.1. Generalidades

Cuando en la legislación nacional se trata el tema de la solidaridad, las normas referidas a ella, es decir, los artículos 1183 a 1204, constituyen la base normativa general que resulta de aplicación a todos aquellos casos en que, dentro de las legislaciones especiales —vale decir, dentro de aquellas otras áreas del Derecho, distintas al Derecho Civil—, se establezca por ley o por contrato la solidaridad.

Esta afirmación no es novedosa, pues resulta evidente si recordamos el texto del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, norma que señala que: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

En tal sentido, es conveniente recordar que si bien existen múltiples normas legales en las cuales se establece la solidaridad (fundamentalmente en su aspecto pasivo), no se halla en el ordenamiento jurídico nacional ningún otro cuerpo de normas sustantivas en donde se brinde tratamiento orgánico a la materia.

Además, es importante precisar que el concepto de solidaridad que se maneja en el Derecho peruano es uno relativamente uniforme, con independencia de aquello que con respecto a la solidaridad se regula en materia de fianza, tema que no constituye objeto de este estudio.

Dentro de tal orden de ideas, resulta incuestionable que la normativa de los artículos 1183 a 1204 del Código Civil es aquélla que brinda el soporte teórico a la solidaridad en todo el Derecho peruano.

Por lo demás, resultaría teórica y prácticamente absurdo que la legislación nacional brindara un soporte normativo extenso y repetitivo sobre la materia en otras áreas del Derecho, lo que sería contrario a los principios más elementales de economía legislativa. Similar proceder sigue la legislación nacional en muchos otros aspectos, tales como los contratos en general, los contratos típicos, el acto jurídico, los derechos reales, etcétera.

Adicionalmente, son numerosos los pronunciamientos en materia jurisprudencial en los cuales se define los alcances de la solidaridad. A ellos nos referiremos más adelante[754].

754 Texto correspondiente a la tercera edición.

2.2. Naturaleza jurídica de la solidaridad

Acerca de la naturaleza jurídica de la solidaridad se han esgrimido en la historia diversas teorías. A continuación, procederemos a exponer, en perspectiva de sus propulsores, las más importantes.

2.2.1. Teoría del mandato tácito

La idea más difundida en doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la solidaridad es la del mandato, que tiene profundas raíces en la historia del Derecho.

Luis de Gásperi[755] afirma que no fue muy grande la claridad que los jurisconsultos del antiguo Derecho francés arrojaron sobre esta materia. Así, según el mencionado autor, no obstante haber advertido Dumoulin que la sola idea de una obligación contratada por el todo por cada deudor no era bastante para explicar los efectos propios de la solidaridad, por oposición a la simple indivisibilidad se redujo a decir que cada *correus* no sólo estaba obligado *ad totum*, sino también *totaliter*, con lo cual nada añadía de nuevo. De esta forma, durante ese periodo, se explican los efectos de la solidaridad por la «unidad de objeto», por lo que el pago hecho por uno libera a los otros. De Gásperi recuerda las expresiones de Pothier cuando sostiene que: «Es una consecuencia de que la deuda solidaria no es sino una sola deuda de una misma cosa, de la que hay varios deudores». Pero, según relata De Gásperi, autores antiguos, seguidos más tarde por Favard, hablaron de un «mandato tácito» entre los codeudores solidarios, gracias al cual se representan los unos a los otros. Esta idea fue aceptada por exégetas, como Toullier.

Delvincourt, con referencia al pago como único medio de extinguir objetivamente el vínculo, respecto a los otros codeudores, enseña que los artículos 1196 y 1365 del Código francés introdujeron grandes diferencias entre el Derecho actual y el Romano. Precisa este autor que entre los romanos, cada acreedor solidario era considerado, con relación al deudor, «propietario único» de la deuda, de donde viene que pudiese realizar todos los actos que el propietario único podía cumplir, como los de compensar, hacer remisión o novación, diferir el juramento, etcétera, y agrega que los acreedores solidarios son, aun respecto al deudor, considerados como «propietarios de sólo su parte en el crédito, y mandatarios uno del otro, por el resto, pero únicamente a efecto de recibir el pago de la deuda».

Para Demolombe[756], la solidaridad entre los acreedores, que en tiempos de los romanos era mucho menos empleada que la solidaridad entre los deudores, es mucho más inusitada aún en la práctica jurídica. En opinión del citado jurista, tal situación obedece a que las ventajas de la solidaridad activa no son considerables, y que puede, incluso, ofrecer un importante número de serios inconvenientes.

755 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 47 y ss.

756 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVI, p. 97.

Fundándose en la teoría del mandato —como explicativa de la naturaleza jurídica de la solidaridad activa—, Demolombe señala que el mandato recíproco que se concede a cada uno de los acreedores, tiene indudablemente la doble ventaja de asegurar la conservación del derecho de todos por la diligencia de uno solo y que facilita la recuperación del crédito.

Para el caso de la solidaridad pasiva, Demolombe precisa que tiene la ventaja —en lo que se refiere al deudor— de que éste no estará expuesto a múltiples prosecuciones que aumentarían los gastos a su cargo, señalando además que esta manera de obligarse ofrece la ventaja de poder liberarse frente a cualquiera de los coacreedores; sin embargo, cada uno de ellos podrá reclamar el total a cada codeudor. En tal orden de ideas, Demolombe señala que las tres claves (parafrasea a Dumoulin, cuando refiriéndose a la indivisibilidad, hablada de los diez hilos y tres claves) fundamentales de la solidaridad pasiva son las siguientes:

(a) Cada uno de los codeudores es responsable con respecto al acreedor, por el total, como si fuese un solo deudor: *singuli solidum debent.*

(b) Todos los codeudores en conjunto sólo están obligados a pagar una sola vez: *unum debent omnes.*

(c) Entre los codeudores existe un mandato recíproco, por el que se representan unos y otros ante el acreedor, con los alcances y las limitaciones que luego señala.

Expresa Demolombe que la unidad y la multiplicidad simultáneas son el carácter distintivo de la obligación solidaria; agrega que, a pesar de que estos dos elementos parecerían excluirse, se unen y, por el contrario, funcionan juntos perfectamente. Así, por un lado, la unidad en lo referente a la identidad de la deuda. Por otro, la multiplicidad, en relación con la variedad de lazos por los que cada uno de los codeudores está comprometido. El doble e inseparable aspecto de la solidaridad consiste en que hay una sola deuda y varios deudores.

François Laurent[757] recuerda que Pothier decía que cada deudor solidario es deudor como si fuese único deudor, constituyendo ésta una cara de la solidaridad; pero hay otra, pues los diversos deudores son codeudores, habiendo un vínculo entre ellos. Pothier no precisa cuál es este principio y Laurent señala que el carácter de la solidaridad entre los codeudores generalmente se explica por la solidaridad entre los coacreedores, es decir, por la teoría de la sociedad y del mandato.

Sin embargo, y para destruir la teoría del mandato, Huc[758] recurre al supuesto de solidaridad —factible de presentarse en algunos casos— en que las partes no se conocen, precisando que ni siquiera se puede suponer la existencia de los elementos del mandato. Continúa diciendo que algunos autores, dominados por la

757 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvii, p. 292.

758 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo vii, pp. 444 y ss.

evidencia de los hechos, llegaron a sostener que, en las aludidas hipótesis, no se podrían producir los efectos de la solidaridad, que para ellos deriva de la idea del mandato. Así, la fuerza de las circunstancias los condujo a distinguir, de manera sumamente arbitraria, entre una solidaridad perfecta y una solidaridad imperfecta. Agrega Huc que, en materia de solidaridad, la admisión de la idea de mandato era ya una concepción arbitraria, sin ninguna base, ideándose, para atenuar las responsabilidades que derivan de tal concepción, una división bipartita de la solidaridad, igualmente muy arbitraria; señala, por último, que la arbitrariedad presidió durante muchos años el funcionamiento de esta división.

Adicionalmente, enseña Huc que quienes adoptaron este principio no pudieron ponerse de acuerdo sobre el punto de saber en qué casos se podría admitir la presunción de mandato y en qué casos se debía rechazar. Así, para unos, se podía admitir la presunción y, como consecuencia, la solidaridad sería perfecta cuando resultara del convenio. Por el contrario, sería imperfecta cuando resultara de la ley. A decir de Huc, según otros autores, la solidaridad sería perfecta no sólo cuando fuera convencional, sino aun cuando la ley que la establece se deba considerar como menos imperativa que interpretativa de la voluntad de las partes, y sería imperfecta sólo cuando procediera de una prescripción de la ley establecida con un motivo de orden público (citando como ejemplos de solidaridad perfecta, de su época, cuando existe entre las personas unidas por un interés común, como la mujer tutora y su nuevo esposo, los ejecutores testamentarios, los prestatarios en uso de la misma cosa, y los comandantes); y que, por el contrario, la solidaridad legal sería imperfecta cuando se establezca entre personas que no se conozcan o que accidentalmente fueron codeudoras, como quienes suscriben una letra de cambio, y a las personas condenadas por un mismo crimen o por un mismo delito.

Finalmente, Huc hace alusión a una tercera opinión que reduce la dificultad a una cuestión de hecho, decidiendo que la solidaridad es perfecta o imperfecta conforme existan o no intereses comunes, como serían los tratos asiduos, una confianza recíproca entre los codeudores solidarios; concordando la doctrina en reconocer que hace falta la idea de mandato y que la solidaridad forzosamente es imperfecta cuando resulta de un delito o cuasidelito.

Huc señala que es imposible aceptar una doctrina nada coherente y tan arbitraria, sosteniendo que cuando hay solidaridad se deben producir los mismos efectos, pues la ley siempre emplea esta expresión dándole el mismo significado, y agrega que la ley no dice en ninguna parte que estos efectos se subordinarán a la existencia o a la posibilidad de una sociedad o de un mandato entre los diversos deudores, ya que, por lo demás, aun cuando se podía explicar las disposiciones de los artículos 1205, 1206 y 1207 del Código Napoleón, sólo con suponer un mandato de los codeudores no habría que sorprenderse de que para proteger los intereses de los acreedores el legislador haya querido hacerlos aplicables en algunos casos de solidaridad legal en los que a veces es imposible toda suposición de mandato; pues, en efecto, ocurre —en ocasiones— que una vez hechas las disposiciones

DERECHOS RESERVADOS

legales se deban extender éstas a situaciones que no presentan los motivos en los que se fundamentaron en un inicio. Por todo lo dicho, Huc rechaza la idea del mandato para justificar, o al menos explicar, esta posición de la ley.

2.2.2. Teoría que relativiza aquélla del mandato tácito

Expresa De Gásperi[759] que los autores posteriores, si bien asumieron la teoría del mandato, no fueron unánimes en la concepción de ésta. Así, Pothier señalaba que el hecho, la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios perjudica, en verdad, a sus codeudores, *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, en cuanto, en caso de pérdida de la cosa, no quedan exonerados de su obligación de pagar el precio, de conformidad con la ley romana de *Duobus reis*, según la cual: *Alterius factum alteri quoque nocet*; pero, la culpa, el hecho o la mora de uno de ellos, según Pothier, no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obligationem*, o sea, que sólo el que ha cometido la culpa, o que ha incurrido en mora, adeuda «además del valor de la cosa debida», los daños e intereses que pueden resultar de la inejecución de la obligación.

Precisa De Gásperi que según esta doctrina, en caso de pérdida de la cosa debida la solidaridad no es completa desde que, atento al principio según el cual la culpa no se transmite, los deudores inocentes no son tratados como el deudor culpable; recuerda que de «racionalmente injustificable» califica Josserand a esta diferencia, sólo históricamente explicada por una interpretación inexacta que Dumoulin habría hecho de dos fragmentos, a su parecer, contradictorios del *Digesto*: el 18, XLV, 2, ya que en vez de deducir de éstos que la culpa y la mora eran tratadas de distinto modo en el Derecho romano, Dumoulin torturó su espíritu en descubrir una explicación que los conciliase, que según Josserand creyó encontrarla al decir que la culpa y la mora de uno de los codeudores perjudica a los otros en cuanto no excluye su responsabilidad por el valor de la cosa, pero que ellas le son personales en cuanto sólo el culpable responde de los daños e intereses. Añade De Gásperi que esta interpretación divinatoria, falsa para el Derecho romano, ha pasado al artículo 1205 del Código Civil francés, llegando a ser el error cometido por Dumoulin la verdad legislativa del siglo XIX.

Afirman Aubry y Rau, Colmet de Santerre y Planiol que los codeudores se representan los unos a los otros a la vez en su «interés común» para todo lo que pueda mejorar su condición común, y en el interés del acreedor, para la ejecución y la conservación del crédito, pero no para lo que podría agravarlo, *ad conservandam et perpetuandam obligationem, non ad augendam*. Según De Gásperi, Demolombe, Laurent, Larombière y Baudry-Lacantinerie y Barde, por su parte, restringen los alcances del mandato, estableciendo que los codeudores no se representarían los unos a los otros sino en su interés común y sólo para mejorar

759 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 53 y ss.

su situación y hacer lo «que es útil a todos», doctrina acogida y consagrada por la jurisprudencia francesa.

2.2.3. Teoría de la cláusula relativa a la unidad de la obligación

Théophile Huc[760] observa que, en abono de la teoría del mandato, para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad, se ensayaron por la doctrina francesa tres diferentes acepciones de la palabra mandato: la primera, denominada *ad consaervandam vel perpetuandam obligationem*, para la cual serían de aplicación los artículos 1205 a 1208 del Código Napoleón; la segunda, consistente en el mandato por el que a los codeudores se les conoce por representantes recíprocos para la mejora de su condición; y, finalmente, el mandato que llegó a reconocer la doctrina en cada deudor la calidad de contradictor legítimo frente al acreedor.

A entender de Huc, esta construcción doctrinaria resulta, por lo demás, contradictoria y hasta inconcebible ya que de todos estos mandatos ninguno se basa en un texto de la ley, pues derivan únicamente de la voluntad arbitraria de los intérpretes o de la jurisprudencia, habiendo sido ideados sucesivamente para dar cuenta de los efectos de la solidaridad. En opinión de Huc, estos efectos se explican por la cláusula relativa a la unidad de la obligación, y esta cláusula es suficiente, pues si no se producen estos efectos, sería falso decir que la obligación es una, razón por la cual considera que, para explicar estos efectos, era inútil recurrir a la idea de un mandato recíproco entre los codeudores.

Añade Huc que a pesar de la elasticidad de las fórmulas que la doctrina adoptó referidas a la teoría del mandato recíproco entre los codeudores, no fue posible extenderse en el carácter, ni siquiera en el objeto preciso de tal mandato, que unos lo comprendieron en un sentido y que otros lo hicieron en un sentido muy diferente; señala que el Tribunal de Casación se mantuvo indeciso durante mucho tiempo entre dos soluciones opuestas, que admiten tanto la existencia de una representación absoluta, cuando considera a cada codeudor como un posible contradictor legítimo del acreedor, y más bien una representación relativa, cuando considera a los codeudores como mandatarios unos de otros, con el exclusivo propósito de mejorar su respectiva condición.

2.2.4. Teoría de la sociedad

Por otro lado, Héctor Lafaille[761] reconoce que el sistema más divulgado de los que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la obligación solidaria es el del mandato —analizado y criticado anteriormente—, pero que la primera solución dada al problema fue propuesta por los romanistas, quienes hablaban de una supuesta sociedad que obligaba implícitamente a los deudores por las circunstancias conside-

760 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, p. 442.

761 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 238 y 239.

radas en su oportunidad; explicación que Lafaille critica de artificiosa, al imponer responsabilidades implícitas, basadas en la ley o en una pretendida voluntad tácita, sosteniendo, con fundamento, que la tesis es incompleta, pues, a lo sumo, explicaría el aspecto pasivo de esta figura.

2.2.5. Teoría de la unidad de vínculo

De Gásperi recuerda que Colmo se adhiere de buen grado a las observaciones con que la crítica ha restado méritos a la idea de representación, con lo que define su posición favorable a la unidad de vínculo defendida por Windscheid y demás pandectistas germanos.

Boffi Boggero[762] —refiriéndose a la teoría de los pandectistas alemanes—, basándose en la división de las obligaciones «correales», por un lado, y las *in solidum*, por otro, y circunscribiéndose a las primeras, dice que Ribbentropp, en 1833, afirmaba que había una sola obligación pero dotada de pluralidad de situaciones subjetivas, fundándose en observaciones de Keller, para quien en la correalidad se extinguía por *litis contestatio* la relación jurídica con consecuencias «objetivas» y, por ello mismo, con relación a los codeudores extraños al litigio.

Posteriores estudios de Eisele y Hartmann, en Alemania, así como de Ascoli, en Italia, permiten aseverar que esa influencia objetiva de la *litis contestatio* se produjo en el periodo clásico romano, mas no en el periodo bizantino, llegando Justiniano a eliminar esa consecuencia y exigir el pago para la liberación. Y así Binder, que se había adherido a la doctrina, pasó después a fundar la teoría de la representación.

Agrega De Gásperi que Salvat, en cambio, tratando de explicar los sucedáneos del pago en la solidaridad, recurre a la idea de unidad de prestación y de pluralidad de vínculos, y admite, como legítima, la representación recíproca de los codeudores que el propio codificador argentino Dalmacio Vélez Sarsfield acoge en su nota a los artículos 706, 711 y 714 del Código Civil; incurriendo, empero, en contradicción, porque a poco de haber admitido estos principios, y por explicación del artículo 707, sostiene que «En el sistema de nuestro Código predomina la idea de unidad de objeto sobre la pluralidad de vínculos», con lo que afirma que la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación, como prescribe aquel precepto; y al justificar la solución del artículo 866, que, como se sabe, está en contradicción con el artículo 707, admite la relatividad de la «confusión a la parte del deudor o del acreedor que la hubiese invocado», con lo cual acepta el predominio de la pluralidad de vínculos sobre la unidad de prestación.

762 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 536 y 537.

De Gásperi recuerda que también Lafaille opina que «en la obligación solidaria hay unidad de prestación y pluralidad de vínculos»; precisa que nada tiene de singular la doctrina enseñada en la cátedra argentina, pues cuenta en su apoyo con la ejecutoria de escritores franceses de la mayor notoriedad y el parecer tan respetable de Giorgi, en el Derecho italiano.

De Gásperi, siguiendo a Ribbentropp, Savigny, Windscheid y demás partidarios de esta escuela, concibe a la solidaridad perfecta o correalidad, por oposición a la solidaridad imperfecta, como unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas, y reserva esta designación a todos aquellos casos en que, procediendo la solidaridad pasiva de la voluntad expresa de los particulares o disposición de la ley, un interés legítimo y común una a los codeudores entre sí, de tal suerte que el pago hecho por uno de los obligados libere a los otros y le confiera acción recursoria contra éstos para hacerles contribuir proporcionalmente a su parte o interés en la deuda.

2.2.6. Teoría de la función de garantía

Siguiendo a Luis María Boffi Boggero, podemos decir que para Lodovico Barassi, la función de las garantías es el elemento verdaderamente intrínseco y orgánico de la solidaridad.

2.2.7. Teoría finalista

Para Enneccerus, en la solidaridad hay obligaciones distintas pero unidas, unión que no surge de la igualdad del contenido, ni de su causa eficiente o fuente obligacional, sino de la comunidad en el fin perseguido por las partes o por la ley, y que consiste: para los deudores, en la satisfacción del acreedor; para los acreedores, en la satisfacción de uno de los créditos; y en los pocos casos de crédito solidario legal, en el cumplimiento de la voluntad del causante o del donante.

2.2.8. Teoría basada en la distinción entre deuda y responsabilidad

Por otra parte, Kulembeck se basa en la conocida distinción entre deuda y responsabilidad, según la cual habría en la solidaridad un solo débito y pluralidad de responsabilidades, estimando Enneccerus que con la unidad de deuda se refiere la doctrina al «fin unitario de las distintas obligaciones».

2.2.9. Teoría del fin y de la pluralidad de relaciones obligatorias singulares

Larenz sostiene que la obligación solidaria es una relación obligatoria unitaria comprensiva del acreedor y de todos los deudores solidarios, que encierran en sí una pluralidad de créditos (del acreedor contra cada uno de los deudores solidarios), pudiendo cada uno de estos créditos y, por lo tanto, cada relación obligatoria en particular, desarrollarse, hasta cierto grado, con independencia de las demás; pero todas esas relaciones obligatorias permanecen unidas entre sí a través de la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

unidad de fin de la prestación, con cuya realización cumple también su objetivo, de conformidad con lo acordado: la totalidad de la relación obligatoria, incluyendo todas las relaciones obligatorias singulares.

Así —precisa Boffi Boggero—, la relación obligatoria que comprende a todos los partícipes se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior), ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero vinculadas permanentemente entre sí por el hecho de estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor y estar supeditadas a la existencia de la relación jurídica solidaria. Esta teoría es aceptada, además, por Gierke, Oertmann y Binder.

2.2.10. Teoría autónoma

Para Guillermo A. Borda[763], la teoría del mandato recíproco, así como todas las otras que pretenden dar una explicación unitaria de los efectos de la solidaridad, se resienten de un doctrinarismo estéril, ya que lo que en definitiva interesa al Derecho son las soluciones concretas y que esas soluciones sean útiles y justas. Precisa que los efectos de la solidaridad se explican así porque cada uno de ellos es útil al propósito general de la solidaridad, que es obtener un medio de obligarse eficaz, fuerte, flexible, que sea en manos de los deudores un instrumento adecuado para obtener créditos, y en manos de los acreedores una garantía sólida; lo que equivale a decir, en otros términos, que no es admisible ligarse a construcciones jurídicas y preguntarse si los efectos establecidos en la ley encajan o no en ella, pues de allí podría derivarse que se sostuviera la ilegitimidad de un determinado efecto por no encuadrar dentro de la teoría general, aunque fuera económicamente útil, ya que lo que interesa son las soluciones concretas y no las vanas teorizaciones.

Agrega Borda que, por lo demás, la teoría del mandato o representación recíproca resulta, a poco que se la analice, artificiosa, ya que no puede hablarse de mandato recíproco en la solidaridad legal, en la que falta el acuerdo de voluntades; y tampoco puede hablarse de representación legal, desde que los deudores sólo pueden oponer las excepciones personales y no las que son personales a sus codeudores, lo que evidentemente se debería poder hacer si hubiera una verdadera representación. Precisa el mencionado tratadista argentino que tampoco es correcto hablar de garantía recíproca, porque si así fuera no se explicaría que el deudor a plazo o condición pudiese interponer una excepción, no obstante que sus codeudores, cuya demanda ha vencido, no tengan defensa que oponer a la reclamación judicial; de tal manera que si todos los codeudores fueran garantes recíprocos, es evidente que la acción debería también poder dirigirse contra el codeudor con plazo o condición suspensiva, porque siendo exigible la obligación contra uno de los deudores, debe serlo también respecto del garante.

763 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 472 y ss.

Borda, luego de todos estos razonamientos, concluye afirmando tajantemente que: «En suma, la solidaridad es la solidaridad y sólo eso; el legislador debe regularla como mejor convenga, atendiendo a su papel económico-jurídico».

2.2.11. Nuestra opinión

Luego de haber recordado las principales teorías que la doctrina ha elaborado acerca de la naturaleza jurídica de la solidaridad, corresponde exponer nuestra posición.

Sin lugar a dudas, no compartimos aquellas teorías clásicas del mandato y la representación, ya que son, a nuestro modo de ver, simples intentos de explicar la solidaridad sobre la base de figuras con distinta naturaleza. De más está decir que el punto en el cual se quiebran totalmente estas teorías es en el caso de la solidaridad legal, ya que al ser ésta impuesta por la ley y no provenir de la voluntad de los particulares, no cabe la menor duda de que entre los codeudores o coacreedores solidarios no existe ni podría existir mandato expreso o tácito alguno.

Creemos que la manera adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad no es fácil de encontrar. Sin embargo, consideramos que Guillermo A. Borda es quien orienta el camino correcto.

Borda expresa que la solidaridad es eso, simplemente la solidaridad. Nosotros creemos lo mismo y sobre ello tenemos mucho que decir.

El Derecho es una construcción que se ha edificado y se edifica con el paso de los siglos. Las normas positivas, vale decir las leyes, recogen en muchos casos figuras o instituciones que ha impuesto la realidad en las sociedades durante ese devenir del tiempo.

Sin duda, los Códigos Civiles del mundo recogen de principio a fin una serie de temas cuya construcción no es mera idea de los legisladores, sino que son impuestos por la propia naturaleza, como es el caso de los derechos de las personas, la familia y otros que en el Derecho Civil no patrimonial han sido creados por los seres humanos, y que los legisladores se han encargado de plasmar en normas positivas, las cuales intentan ser un fiel reflejo de la vida.

Si ingresamos al vasto campo del Derecho Civil patrimonial, encontraremos también muchos temas que son fruto o reflejo de las necesidades sociales, de la vida misma, de los hombres. Qué duda cabe de que la gran mayoría de los contratos típicos regulados por el Código Civil, como la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el comodato, la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato o el depósito, por sólo citar a los más importantes, son el fruto del desarrollo de las relaciones humanas y que el Derecho se ha limitado a plasmar legislativamente lo que la vida diaria de los hombres ya había construido.

No vacilamos en afirmar que existirían la compraventa, la permuta o la donación sin necesidad de regla legal alguna. Las sociedades no necesitan de un

Código Civil ni de una ley que les diga qué es una compraventa, qué es una permuta o qué es una donación.

Pero si bien es cierto que en los casos mencionados es la realidad la que impone determinados preceptos en las normas positivas, existen otras cuya elaboración y perfeccionamiento ha sido fruto, en igualdad de condiciones, no sólo de la realidad sino de las construcciones teóricas de los juristas. Este campo, igual de vasto que el anterior, constituye lo que se conoce con el nombre de teoría general en el Derecho Civil.

Respecto de los actos jurídicos o los contratos, si nos detenemos un momento a analizar sus orígenes legislativos, si nos detenemos a analizar la puridad de conceptos que las normas de los códigos han ido adquiriendo con el paso de los siglos, nos demostrarán que muchos de ellos no son solamente construcciones de las sociedades y de los hombres comunes y corrientes. Son construcciones teóricas que han aparecido fundamentalmente por la labor de los hombres de Derecho. ¿Acaso podemos imaginar, sólo por citar algunos ejemplos, la representación, la simulación, el fraude del acto jurídico, la teoría de la anulabilidad y de la nulidad, la lesión, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación o las obligaciones de saneamiento, por sí solas, como fruto de la simple evolución humana? De ninguna manera. Muchos de los aspectos de la teoría general de los actos jurídicos y de la teoría general de los contratos son, sin lugar a dudas, construcciones teóricas destinadas a hacer más justo el ordenamiento jurídico, a imprimir el sello de la equidad a las relaciones de los hombres, pero dudamos de que se pueda decir que su inclusión en los ordenamientos positivos se haya debido únicamente a la presión social y no a la mano de juristas y de políticos. Como ejemplo baste recordar que la lesión no hubiese sido regulada en el Código Civil francés, y de seguro por ningún otro Código del siglo XIX (dada la influencia de aquél), si el propio Napoleón Bonaparte no hubiera decidido su inclusión.

Pero la Teoría General del Derecho Civil, y especialmente la del Derecho Civil patrimonial, se vuelve más abstracta, obviamente, en el Derecho de las Obligaciones. Si bien es cierto que los hombres se obligarían, sin necesidad de que los Códigos regularan el tema, a dar, a hacer y a no hacer, podríamos preguntarnos si igual claridad encontrarían los seres humanos comunes y corrientes cuando estuviesen frente a obligaciones alternativas o facultativas o cuando estuvieran ante una obligación divisible o indivisible.

Pero aun así, más allá de la indivisibilidad por pacto, que no es sino una ficción jurídica de los últimos siglos, la divisibilidad o indivisibilidad son impuestas por la naturaleza de las prestaciones, por la naturaleza de las cosas, o por la ley, y no por la voluntad del hombre.

¿Pero acaso ocurre lo mismo con la solidaridad? En diversas ocasiones hemos recordado los niveles tan grandes de preocupación y —como señalan muchos autores— hasta de tortura espiritual y moral a los que llegó Dumoulin en lo referente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

al tema de lo diviso e indiviso. Si bien el tiempo y la historia se han encargado de poner en su justo término los pensamientos de Dumoulin, creemos que sería injusto dejar de admitir que el tema de sus tribulaciones es uno de los más intrincados del Derecho de las Obligaciones. Sin llegar a ser ese mar tenebroso del que hablaba Dumoulin, tampoco es un jardín de rosas que no ofrezca dificultades al legislador, al jurista y al abogado.

Pero, en verdad, el tema más complicado del Derecho de las Obligaciones, aún más que el de la indivisibilidad, es el de la solidaridad. Solidaridad que no nace fundamentalmente de la presión social y de las relaciones entre los particulares. No puede dudarse de que el tema de la solidaridad constituye la mayor abstracción jurídica de todo el Derecho Civil. La solidaridad no es lo que el hombre común quiere que sea. No es lo que la sociedad quiere que sea. Decimos esto por la sencilla razón de que los hombres y las sociedades, más allá de algunas ideas difusas, no conocen sus verdaderos alcances. La solidaridad no puede existir sin la ley. No se crea por la naturaleza de las cosas ni por la naturaleza de las obligaciones. No existe *per se*. La solidaridad existe por la voluntad de los juristas y es lo que ellos mismos han definido.

El tema de la solidaridad no se concibe sin la ley. La solidaridad y todas sus consecuencias jurídicas constituyen una de las más perfectas construcciones del Derecho en general. La solidaridad es una respuesta del Derecho y de los juristas a la necesidad de crear la forma o manera más conveniente en que se obliguen varios deudores frente a un acreedor común. Es obvio que la utilidad práctica de la solidaridad se basa fundamentalmente en el aspecto pasivo de ésta. La solidaridad activa es simple y llanamente una derivación teórica y una consecuencia natural de la existencia de la solidaridad pasiva. La solidaridad activa está allí porque existe la pasiva. Es el complemento teórico del problema. La otra faceta de éste. El sello de la moneda, ya que en toda moneda lo más importante es el lugar donde figura la denominación. Las monedas son importantes por su valor. El sello es el complemento formal de ésta, pero con seguridad, a la hora de pagar o recibir un pago, reparamos en la cara y no en el sello. Lo mismo ocurre con la solidaridad. De ella sólo importa su aspecto pasivo. El activo es meramente el sello de la solidaridad.

Esta construcción teórica tiene por fin resguardar los intereses del acreedor; está destinada a crear la forma más perfecta y segura de contraer un crédito. La solidaridad apunta, pues, implícitamente, a satisfacer la finalidad fundamental del Derecho de las Obligaciones, vale decir, que éstas se cumplan.

Y es este propósito principal de la solidaridad el que ha hecho que ésta se perfeccione con el paso del tiempo y que genere un paulatino proceso de adecuación de sus normas a ese fin último.

Lo que buscamos a lo largo de estas páginas es, precisamente, hacer perfecta la solidaridad, pero esa perfección es imposible encontrarla con patrones

EDICIONES CASTILLO FREYRE

preestablecidos; esa perfección es imposible encontrarla con figuras afines, similares, pero, al fin y al cabo, distintas. Esa perfección sólo se puede obtener siguiendo los dictados de la lógica y siendo fieles a la propia razón de ser de la solidaridad.

La solidaridad es, fundamentalmente, la figura más representativa del ideal de perfección en el Derecho de las Obligaciones. Es la aspiración máxima de los juristas para dominar un tema en el Derecho. La solidaridad es, sin temor a equivocarnos, la tentación académica más atractiva de todo profesor de Obligaciones. La solidaridad es la solidaridad. Decir algo distinto implica no entenderla y tratar de explicarla sobre la base de aquello que sí está al alcance de la generalidad de los conocimientos del Derecho. La solidaridad es en sí misma, como abstracción teórica, un esfuerzo intelectual, un ideal. Es esa perfección cuyas consecuencias y características han sido, son y serán dictadas por la historia, por la justicia, por la razón y por la lógica.

No espere el lector que concluyamos diciendo que la solidaridad es algo menos intrincado de lo que es.

2.3. Las fuentes de la solidaridad

Como sabemos, sólo es posible hablar de solidaridad cuando nos encontramos en presencia de obligaciones de sujeto plural, vale decir, de aquellas obligaciones en las cuales tenemos pluralidad de sujetos, ya sea en la parte pasiva de la relación obligatoria, es decir, pluralidad de deudores, o en la parte activa de dicha relación, es decir, pluralidad de acreedores; o pluralidad tanto en la parte pasiva como en la parte activa de la obligación, vale decir, pluralidad de deudores y pluralidad de acreedores.

Ello obedece a que cuando nos encontramos ante un solo deudor y un solo acreedor, no es posible referirnos a las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias, las que, estando reguladas en los Títulos V y VI de la Sección Primera del Libro de las Obligaciones del Código Civil, sólo son aplicables a los supuestos mencionados.

En este sentido, hay que partir de la idea de que toda la estructura de este tema en el Derecho nacional se basa en el principio *favor debitoris*, entendido en su acepción más amplia, es decir, que esa estructura no se construye en perjuicio de los deudores, sino en su beneficio, de modo tal que las situaciones y circunstancias desfavorables a dichos deudores, necesariamente tendrán su origen en la naturaleza de las prestaciones, o en el pacto entre las partes, o en la propia ley.

Habiendo formulado estas precisiones, corresponde señalar cuáles son las fuentes de la solidaridad en el Perú, es decir, las formas cómo ella nace y sus efectos, tratando, en este último tema, de las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios y de las relaciones de los codeudores solidarios entre sí, así como de las relaciones entre el deudor y los coacreedores solidarios y de las relaciones de los coacreedores solidarios entre sí.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palacios Martínez[764] señala que, técnicamente, no nos encontramos frente a una presunción, sino a una regla general y a su eventual excepción.

Así, debemos señalar que generalmente la solidaridad nace en virtud de la voluntad unilateral o plurilateral.

Cuando en el artículo 1183 del Código Civil se alude al «título de la obligación», no cabe duda de que la norma se está refiriendo al contrato, ya que en realidad la solidaridad sólo puede ser impuesta en materia de actos voluntarios por actos jurídicos bilaterales o plurilaterales de contenido patrimonial, es decir, por contratos. No cabe, pues, en materia de actos jurídicos, la solidaridad impuesta por actos de carácter unilateral, salvo casos extremadamente inusuales como, por ejemplo, en la constitución testamentaria de un legado que deba cumplirse en forma solidaria.

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

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

Por ejemplo, la Casación n.° 19347-2022-Lima, de fecha 10 de mayo de 2023, reconoce la solidaridad impuesta por una ley, «*Sexto.* Por estas consideraciones, en el presente caso la solidaridad de las codemandadas queda establecida a partir de lo estipulado en el Decreto Supremo número 009-2005-TR; En ese sentido, no existe infracción normativa por inaplicación del artículo 1183 del Código Civil, razón por la cual la causal expresada por la parte recurrente deviene en infundada».[765]

Resulta evidente que el Código Civil está empleando la expresión «ley» en su sentido amplio, es decir, como sinónimo de norma legal.

Esto equivale a decir que la solidaridad puede ser impuesta en el Derecho peruano por cualquier norma legal de carácter general, que tendrá vigencia dentro del ámbito de su competencia.

764 Palacios Martínez, Eric. «Carácter expreso de la solidaridad». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 257.

765 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 366. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-19347-2022-Lima-LPDerecho_.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Se dice que la solidaridad es legal cuando existe de pleno derecho, en virtud de una norma jurídica. Esto se conoce con la denominación de solidaridad legal, la que, como la convencional, no existe sino en los casos en que la ley expresamente la establece. Constituyendo la solidaridad una excepción al principio de la división de la deuda, y obligando a cada uno de los deudores por el todo, es evidente que agrava su situación y, por lo tanto, sólo podía existir cuando la ley así lo estableciera expresamente.

En la legislación peruana hay numerosos casos de solidaridad legal. Por ejemplo, los diversos autores de un acto ilícito responden solidariamente por los daños y perjuicios, a tenor del artículo 1983 del Código Civil.

Por otro lado, ¿qué significa que la solidaridad tenga que establecerse de manera «expresa»? De acuerdo a la Real Academia Española[766], la palabra «expreso», significa «claro, patente, especificado». De esta forma, «claro» es «aquello que se distingue bien»[767], en tanto, «patente» es «aquello manifiesto, claro, perceptible»[768]; y, finalmente, «específico» es «algo concreto, preciso, determinado»[769].

En tal sentido, no cabe duda de que cuando el artículo 1183 del Código Civil hace referencia a que la solidaridad debe constar en forma expresa, está aludiendo a que ella tiene que figurar de la manera más clara y objetiva posible, sin existir duda alguna respecto a su existencia o a sus alcances.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que los únicos casos en que una obligación puede ser considerada como solidaria son aquéllos en los cuales el texto legal o contractual establece, con todas sus letras, que se trata de una obligación «solidaria», que los deudores se han «obligado solidariamente», que las partes han pactado «solidaridad», o cuando se señale, también de manera expresa, que las partes remiten el tratamiento legal de la obligación contraída a los artículos comprendidos el 1183 y el 1204 del Código Civil, que son, precisamente, las normas propias de la solidaridad.

Esto equivale a decir que la solidaridad no puede deducirse ni interpretarse.

Ello también significa que el Derecho peruano veta la posibilidad de que el intérprete de una norma legal o de una cláusula contractual pueda inferir del texto de éstas la solidaridad en caso de que no se presentara alguno de los supuestos mencionados anteriormente.

766 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo v, p. 693.
767 *Ibidem*, tomo iii, p. 382.
768 *Ibidem*, tomo viii, p. 1154.
769 *Ibidem*, tomo v, p. 660.

De allí que no se pueda llegar a la conclusión de que determinada obligación «parezca ser» solidaria o «debería entenderse como» solidaria, en virtud de alguna interpretación jurídica.

Ahora bien, las consecuencias de la solidaridad son tan severas para los codeudores que se encuentren en esa condición, que el Derecho peruano ha restringido en esta materia la interpretación de las leyes y de los contratos al método de interpretación literal.

Esto significa que, si la ley o el contrato establecen expresamente la solidaridad, entonces habrá solidaridad; y si no la establecieren expresamente, no habría solidaridad. En tal caso, sólo deberá entenderse que la obligación es mancomunada.

De esta forma está proscrita en materia de obligaciones de sujeto plural la solidaridad pactada o establecida en la ley de manera tácita, al extremo de que si se llegara a pactar en un contrato o a establecer en una ley, que los codeudores de una obligación deben cumplirla íntegramente, no podría deducirse que nos encontramos ante una obligación solidaria, sino únicamente frente a una obligación de carácter indivisible, tal como puede apreciarse del texto, contenido y alcances de la indivisibilidad legal impuesta para los daños y perjuicios de los codeudores culpables del incumplimiento, que prevé el artículo 1180 del Código Civil.

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las fuentes de la solidaridad, a través de la Casación n.º 1347-2017-Ucayali, de fecha 15 de octubre de 2018, «*Décimo primero.*- Que, en cuanto a la infracciones materiales se aprecia que mediante auto de calificación se declaró la procedencia del recuso, en forma excepcional, por infracción normativa del artículo 1183 del Código Civil, por lo que corresponde evaluar si la sentencia ha incurrido en infracción de la citada norma material, que prescribe: "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de las obligación la establecen en forma expresa", esto significa que la solidaridad solo tiene como fuente: la voluntad "expresa" de las partes (solidaridad convencional); y la ley (solidaridad legal). Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que los únicos casos en que una obligación pueda ser considerada como solidaria, son aquellos casos en los cuales el texto legal o contractual establezca que se trata de una obligación solidaria. En el caso de "la ley", resulta evidente que el Código Civil está empleando la expresión ley en su sentido más amplio, es decir, como sinónimo de norma legal. Esto equivale a decir que la solidaridad puede ser impuesta en el Derecho peruano por cualquier norma legal de carácter general, la misma que tendrá vigencia dentro del ámbito de su competencia».[770]

770 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 366. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/05/Casacion-1347-2017-Ucayali-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Por último, algunos tratadistas aceptan como fuente de la solidaridad las resoluciones judiciales. Se afirma que la solidaridad también puede constituirse por decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada.

Pero quienes sostienen esta tesis olvidan que las resoluciones judiciales no son sino la aplicación del derecho a los hechos que alegan y prueban las partes; cuando una resolución judicial condena solidariamente a varias personas, no es porque ella cree solidaridad, sino porque ésta resulta de la voluntad de las partes, por los contratos o por la voluntad unilateral, o de la ley.

Sobre este particular, resulta importante citar una casación que señaló, en su momento, que: «Si las sentencias inferiores han determinado que los recurrentes son obligados solidarios del actor, la pretensión de éstos para que dicha obligación se considere como mancomunada y poder acogerse al beneficio de excusión, implica el pedido de una nueva valoración probatoria y no la inaplicación de los artículos 1179 y 1183 del Código Civil»[771].

En conclusión, las únicas fuentes de la solidaridad son la voluntad y la ley.

2.4. Presunción de mancomunidad

El artículo 1183 del Código Civil prescribe que la solidaridad no se presume y que únicamente en virtud de la ley o del título de la obligación se la establece en forma expresa.

En la legislación peruana, entonces, es indispensable que la solidaridad conste expresamente. ¿Y esto qué significa? Pues que el ordenamiento jurídico peruano no parte de la idea de que las obligaciones de sujeto plural, sobre todo aquéllas en las que exista pluralidad de deudores, deban tener una regulación que sea lo más gravosa o perjudicial para los referidos codeudores.

En otras palabras, en sede de obligaciones mancomunadas y solidarias la regla es la mancomunidad y la excepción es la solidaridad.

La solidaridad constituye, pues, una excepción al Derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse como mancomunada.

Así, la razón del citado precepto radica en la grave onerosidad que representa para dos o más deudores obligarse ante uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que la solidaridad se deduzca, a través de un proceso lógico, de la interpretación del acto o norma legal constitutiva

771 Casación n.° 270-94. En *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Lima: Editora Normas Legales, 2000, p. 386.

de la obligación, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

El principio de no presunción de la solidaridad es muy antiguo. El Código nacional lo ha seguido por considerar que la solidaridad no constituye una situación normal en las obligaciones. Lo normal es que una obligación sea mancomunada. Toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada. Entonces, si la regla es que toda obligación nazca con el carácter de mancomunada, ¿cómo podríamos aducir que en la duda se presuma solidaria?

Como expresa José León Barandiarán[772]:

> Se presume la mancomunidad, porque la solidaridad importa una regla de excepción. Si la prestación en que consiste la obligación es divisible, lo natural es que los acreedores o los deudores concurran por iguales partes; la facultad de cualesquiera de aquéllos de exigir el total del crédito, o el deber de cualesquiera de éstos de hacer un pago íntegro, significan un especial beneficio para los acreedores en el primer caso, y un especial gravamen para los deudores en el segundo caso.

Este principio también ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional en la Casación n.° 1490-2007-Santa, de fecha 5 de diciembre de 2007, «Principio de no presunción de la solidaridad. *Sexto.* Es preciso partir del análisis del artículo 1183 del Código Civil; en él se establece con claridad que la solidaridad no se presume, pues sólo la ley o el título de la obligación lo establecen de forma expresa. Esto es lo que se conoce como el principio de no presunción de la solidaridad, es decir, jamás la solidaridad puede ser la regla en el ordenamiento jurídico, sino que se presenta como un supuesto de excepción en casos concretos; no puede existir solidaridad tácita, inducida o análoga, y cualquier duda sobre su existencia o regulación en una norma, debe interpretarse en el sentido de la ausencia de solidaridad [...]. "La razón de este precepto radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores, obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación se deduzca a través de un proceso lógico, sino que exige que la solidaridad conste de manera expresa"».[773]

Podríamos señalar que, en esta materia, como en tantas otras del Derecho Civil, se ha mantenido vigente el principio de que la duda favorece al deudor, razón por la cual se debe decidir, ante tal duda, por la mancomunidad.

772 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.,* tomo II, pp. 124-126.

773 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 890. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Entonces, como podemos apreciar, la solidaridad es algo muy serio. La condición de codeudor solidario de una obligación, no es una circunstancia graciosa que pueda asignarse voluntariamente a las personas a manera de juego o por puro placer.

Esta característica también es resaltada por la jurisprudencia nacional[774], cuando señala que «La norma contenida en el artículo 1183 del Código Civil expone que la estipulación de la solidaridad sea expresa; en este sentido el Código sustantivo remarca e impone la necesidad de la declaración expresa, puesto que los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida plausible tal exigencia».

No cabe duda de que el hecho de ser codeudor solidario de una obligación implica, junto con la circunstancia de ser codeudor indivisible de una relación obligatoria, una de las circunstancias más graves en las que pueda encontrarse un codeudor.

Pero en muchos aspectos la condición de codeudor de obligación solidaria viene a ser más gravosa o severa que la condición de codeudor de prestación indivisible.

Dentro de tal orden de ideas es que el ordenamiento jurídico nacional se ha cuidado de establecer con pulcritud en el artículo 1183 del Código Civil (norma que, como ya hemos señalado, resulta aplicable supletoriamente a todos los casos de solidaridad regidos por todas las áreas del Derecho nacional), que la solidaridad no se puede presumir, indicando también aquellos casos en los cuales una obligación tiene la condición de solidaria.

Sobre este punto se ha pronunciado la jurisprudencia nacional[775], al señalar que: «La suma adeudada por los demandados debe ser pagada en forma mancomunada en función a la proporción en el capital de la empresa, dado que no ha existido pacto alguno que imponga la solidaridad, tal como lo establece el artículo 1183 del Código Civil».

En esa línea, la Casación n.° 1538-2005-Lima, de fecha 10 de abril de 2006, ha desarrollado los casos en que existe responsabilidad solidaria en la Ley General de Sociedades. «*Quinto.* El artículo 1183 establece que la estipulación de la solidaridad sea expresa; en este sentido el Código sustantivo remarca e impone la necesidad de la declaración expresa, puesto que los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida plausible de tal exigencia. La Ley General de Sociedades establece expresamente los casos en que existe responsabilidad solidaria, tal es el caso de los numerales 18 (responsabilidad de los otorgantes o administradores por la demora

774 Casación n.° 857-2002-Lima.

775 Casación n.° 648-2005-Lima. En diario oficial *El Peruano*. 1 de agosto de 2006.

en la inscripción de actos y acuerdos a que se refiere el artículo 16), 40 (responsabilidad de administradores por reparto de utilidades en contravención de lo dispuesto en el mismo artículo), 69 (responsabilidad de los fundadores cuando no avisan oportunamente que se ha producido causal de extinción de la sociedad), 81 (responsabilidad del cesionario de la acción no pagada íntegramente); 89 (responsabilidad de los copropietarios de acciones), 177 (responsabilidad de directores por acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave), 191 (responsabilidad del gerente con los miembros del directorio); 265 (responsabilidad de los socios de las sociedades colectivas); y 278 (responsabilidad de los socios colectivos en las sociedades en comandita)».[776]

Finalmente, resulta interesante mencionar que en la Casación n.° 3141-2002-Huánuco, de fecha 18 de junio de 2004, también se ha resaltado la solidaridad en la Ley de Títulos Valores, «Los que emitan, giren, acepten, endosen o garanticen títulos valores quedan obligados solidariamente frente al tenedor. *Sexto.* Conforme al principio de literalidad previsto en el artículo 4 de la citada Ley de Títulos Valores, el texto del documento determina los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones contenidos en el título valor; y, conforme al principio de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 11 de la misma ley sólo los que emitan, giren, acepten, endosen o garanticen títulos valores quedan obligados solidariamente frente al tenedor, salvo cláusula o disposición legal expresa en contrario. Además, conforme lo establece el artículo 1183 del Código Civil, en las obligaciones, la solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título la establecen en forma expresa».[777]

2.5. Solidaridad pasiva y fianza solidaria

Un tema que vale la pena dilucidar, para concluir los conceptos que estamos analizando, es el de las diferencias entre la solidaridad pasiva y la fianza solidaria.

Esta materia ha suscitado numerosas discusiones en nuestra tradición jurídica.

Creemos que, a pesar de estar zanjado el tema en la actualidad, el Código Civil peruano de 1984 no ha tenido la claridad deseada —en el título relativo al contrato de fianza—, para diferenciar una figura de otra.

Recordemos, sólo para ilustrar la aludida deficiencia, que el artículo 1883 del Código nacional establece, en su inciso 2, que la excusión no tiene lugar cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor.

Reiteramos que la redacción del inciso transcrito del artículo 1883 es deficiente (a pesar de la defensa que hacen del mismo dos de los autores del Código

776 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 890. [Texto correspondiente a la tercera edición]
777 Loc. cit.

Civil de 1984, Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós)[778]. Del texto legal parecería que el fiador solidario se estuviese obligando solidariamente con el deudor. Si esto fuera así, dicho fiador no sería tal, sino únicamente un codeudor solidario, junto con el otro deudor. A la vez, si fuese un codeudor solidario (frente al acreedor común), no podría ser fiador, puesto que resulta incompatible que en una misma persona se reúnan las calidades de deudor solidario y de garante de sí mismo. Esto sería absurdo.

La interpretación correcta del tema de la fianza solidaria es que ella crea una solidaridad especial, distinta, en cuanto a su origen, de la solidaridad pasiva, por cuanto en la fianza solidaria no hay codeudores obligados por el íntegro, sino única y exclusivamente un garante (fiador), que ha renunciado al beneficio de excusión. Ésta es la interpretación correcta de los principios que esbozó el más autorizado sector de la escuela francesa, cuyo máximo representante —en éste y muchos otros temas— fue Baudry-Lacantinerie.

En adición a la diferencia fundamental que separa a la obligación solidaria de la fianza solidaria —que acaba de ser anotada por nosotros—, debemos señalar que en tanto que en la obligación solidaria el codeudor que paga puede subrogarse en el lugar del acreedor, frente a los codeudores que no pagaron, hasta por la parte de cada uno de éstos (artículos 1260, inciso 2, y 1263 del Código Civil), en la fianza solidaria el artículo 1891 establece el principio contrario, al señalar que si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado; principio que se explica por qué el fiador no tiene interés en la obligación principal: sólo la garantiza. Adicionalmente, a través del artículo 1893 se establece que cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva; en tanto que, si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de éste se distribuye proporcionalmente entre los demás.

De otro lado, en lo referente a la transacción celebrada entre el acreedor común y uno de los codeudores sobre el íntegro de la obligación, rige lo dispuesto en el artículo 1188, en el sentido de que dicho acto libera a los demás codeudores, en tanto que en las relaciones internas entre el deudor que transigió y sus codeudores, éstos responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción. En cambio, en la fianza solidaria, en virtud de lo prescrito por el artículo 1889, segundo párrafo, si el fiador ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado.

778 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo III, pp. 275 y 276.

Por lo demás, podríamos señalar que la obligación solidaria se asemeja a la fianza solidaria en que en aquélla el acreedor puede demandar el íntegro a uno de los deudores, a algunos o a todos ellos simultáneamente (artículo 1186) y en la fianza solidaria, igualmente, el acreedor puede actuar contra cualquiera de los fiadores o contra todos ellos simultáneamente y por el íntegro.

Además, ni la obligación solidaria, ni la fianza solidaria se presumen, debiendo ambas pactarse de manera expresa (artículos 1183 y 1883, inciso 2, del Código Civil, respectivamente).

Por otra parte, en la obligación solidaria, en regla de plena lógica, el artículo 1184 del Código Civil faculta la subrogación del deudor que pagó anticipadamente respecto de quienes no lo hicieron, sólo después de vencidos los plazos de los demás; en tanto que, en la fianza solidaria, a través del artículo 1896, se establece también que el fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquélla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Solidaridad pasiva. Obligación de los deudores con modalidades diferentes

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1184

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

El tema fue tratado por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1890, por su artículo 1545: «La obligación que tiene por objeto una sola y misma cosa, no deja de ser solidaria, porque para alguno de los acreedores, o para alguno de los deudores sea obligación pura y simple, y para otros obligación condicional, a plazo, o pagadera en otro lugar».

Posteriormente, abordaron la materia el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, con el artículo 167: «La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, con el artículo 158: «La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, con el artículo 1201: «La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones»; y el Código Civil de 1936, con el artículo 1211: «La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones».

Ya dentro el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema de la siguiente manera (artículo 53): «La solidaridad no queda excluida por el hecho de que los

VÍCTOR EDUARDO CASTILLO FREYRE

deudores singulares estén obligados cada uno con modalidades diversas frente a los acreedores singulares»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; lo hizo en el artículo 63: «La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.— Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1205: «La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.— Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 regulaba el particular en el artículo 1152: «La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.— Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo».

2. Análisis

El artículo 1184 del Código Civil peruano establece que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. Agrega la citada norma que, sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.

El referido artículo, en su primer párrafo, al tratar acerca de la posibilidad de que los deudores o acreedores se hayan obligado con modalidades diferentes para la ejecución de la prestación, se está refiriendo naturalmente a las modalidades de los actos jurídicos contenidas en los artículos 171 a 189 del Código Civil, que, como se sabe, son la condición, el plazo y el modo.

Lo previsto por el citado artículo 1184 no alterará la condición de solidaridad de la obligación pactada, porque, como decía Manuel Augusto Olaechea[779],

779 Ver también: León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 131; Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 215 y 216; y Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 287.

la solidaridad es una modalidad que sólo se refiere al vínculo y no a la naturaleza intrínseca de la prestación; agrega el citado jurista que, precisamente por eso, porque la modalidad solidaria no va al fondo, ella puede existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados de la misma manera, requiriéndose únicamente la unidad de objeto de la prestación.

Giorgi[780] al tratar el tema señala que en el supuesto en que el deudor se haya obligado respecto de alguno de los acreedores no puramente, sino bajo condición o a término, en este caso por la parte de dicho acreedor, tanto con relación a él como a los otros acreedores, debe respetarse la condición o el término, pues de lo contrario esta modalidad se haría ilusoria. Se pregunta el maestro italiano si el acreedor podría, en lugar de exigir el crédito entero, dividirlo y exigir solamente su parte, respondiendo afirmativamente, al considerar que podría hacerlo siempre que no se oponga el deudor, que no está obligado a pagar por partes; y precisa que también los otros acreedores pueden, si lo creen perjudicial para sus intereses, oponerse al pago parcial, oposición, lo aclaramos, que procedería siempre y cuando la obligación solidaria no fuese indivisible[781].

En opinión nuestra, podrá estipularse este tipo de modalidades en una obligación solidaria, pero al celebrarse esta clase de pactos no deberá afectarse la naturaleza de la obligación. Para ilustrar la materia vamos a utilizar un ejemplo.

El artículo 1184 nos plantea diversas situaciones. El primer caso previsto por la norma es el del plazo. Así, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente frente a un acreedor común al pago de cuarenta mil soles. El primero deberá pagar el 1 de septiembre, mientras que el segundo deberá hacerlo el día 1 de octubre. Es claro que la circunstancia de haberse pactado un plazo resolutorio no alterará el hecho de que la obligación sea solidaria, al igual que ocurriría si el plazo fuese suspensivo. Laurent[782] decía con relación al término o plazo que éste sólo aplaza el cumplimiento de la obligación, que por lo demás conserva todos sus caracteres y todos sus efectos, agregando que aquello que, en caso de solidaridad, resulta de estos caracteres y efectos es que el acreedor no puede demandar inmediatamente a uno de los codeudores que estipuló el término, mientras que sí puede demandar a los deudores puros y simples.

Otra hipótesis contenida en el artículo 1184 del Código Civil peruano, es la de la condición. Podría darse el caso en que los dos deudores del ejemplo anterior se hubieran obligado frente al acreedor común bajo condiciones distintas. Si éste fuese el supuesto, tal situación no destruiría la solidaridad. Sin embargo, es necesario distinguir entre la condición resolutoria y la suspensiva. Si la obligación

780 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 97 y 98.

781 Este criterio es compartido, entre otros autores, por Borda (Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 480).

782 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 288.

estuviese sujeta a distintas condiciones resolutorias, mientras ninguna de ellas ocurra, se podrá exigir el cumplimiento íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores. Si la obligación estuviese sujeta a una condición suspensiva, sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 1184, esto es, que respecto al codeudor con quien se ha concertado una condición suspensiva sólo le será exigible la obligación cuando ella se cumpla, al igual que con el plazo suspensivo.

Por último, podría darse el caso de que los deudores estén obligados con modalidades diferentes: que el primer deudor se haya obligado a pagar en la ciudad de Lima y el segundo en la ciudad de Cusco. Esta situación, evidentemente, no destruiría la solidaridad de la obligación.

Así también lo ha resaltado la Casación n.° 3886-2007-Piura, de fecha 14 de octubre de 2008, «La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor. *Sexto.* Según Trazegnies (*sic*), el "artículo 1184 del Código Civil dispone que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor. Por consiguiente, si los codeudores solidarios pueden obligarse por plazos distintos, o unos en forma pura y otros bajo condición, ¿por qué no pueden obligarse por montos distintos, con limitaciones en cuanto al alcance de su responsabilidad? (...) Dentro de ese orden de ideas, no vemos tampoco inconveniente alguno para que el asegurador responda solidariamente frente a la víctima con el responsable directo hasta por un monto determinado en la póliza; el exceso es obligación exclusiva del responsable directo"».[783]

Para aclarar conceptos, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente ante tres acreedores a entregarles un automóvil determinado. Pero la obligación no puede ser exigida a todos los deudores en el mismo plazo, ni todos los acreedores pueden exigir el cumplimiento de la obligación en el mismo plazo. Supongamos también que estos plazos son suspensivos y que el primer deudor deberá entregar el automóvil sólo a partir del 1 de abril, y el segundo deudor, sólo a partir del 31 de mayo; mientras que, por otro lado, el primero de los acreedores no podrá exigir el cumplimiento de la obligación sino a partir del 1 de abril, mientras que el segundo y el tercer acreedor sólo lo podrán hacer a partir del 31 de mayo.

El día 1 de abril ocurrirá que sólo uno de los deudores estará obligado a ejecutar la prestación y que sólo uno de los acreedores podrá cobrarla. El otro deudor no podrá ni deberá ejecutarla en la misma medida en que los otros dos coacreedores solidarios no podrán exigir su cumplimiento en esa fecha.

Pero, si el primer acreedor decide exigir el cumplimiento de la obligación, sólo podrá hacerlo respecto del deudor cuyo plazo suspensivo ha vencido (el primero). De ocurrir esa situación, este deudor se encontrará en la obligación de

783 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 892. [Texto correspondiente a la tercera edición]

entregar el íntegro de la deuda contraída, vale decir, el automóvil, no pudiendo oponerse a dicho cumplimiento invocando la situación de que su codeudor y los otros dos coacreedores se han obligado con modalidades diferentes. Siguiendo la norma del artículo 1184 del Código Civil peruano, en su primer párrafo, la solidaridad no queda excluida por tal circunstancia.

En virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1184 del Código nacional, vemos que los acreedores cuyos plazos no han vencido no podrán exigir a ninguno de los deudores (ni siquiera a aquél cuyo plazo ya venció) el cumplimiento de la obligación; al igual que el deudor cuyo plazo no ha vencido, quien no deberá cumplir frente a ninguno de los acreedores (ni aun respecto a aquél cuyo plazo suspensivo ya venció). Y exactamente lo mismo sucederá si nos encontramos ante condiciones suspensivas.

Si se tratase de una obligación indivisible y solidaria, no habrá problema alguno, ya que en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, es de aplicación a ambas clases de obligaciones la norma del artículo 1184. Y lo mismo ocurrirá si la obligación fuese indivisible y mancomunada, por remisión del mismo artículo 1181.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cumplimiento de las obligaciones solidarias activas

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1185

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

El artículo 1185 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 trató el tema en su artículo 1291: «El responsable de una obligación a favor de acreedores solidarios, queda libre cumpliéndola con cualquiera de ellos»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 1556: «Un deudor mancomunado solidariamente puede cumplir su obligación con cualquiera de los acreedores, si antes no ha sido demandado por alguno de ellos, y cumplida con uno, queda extinguida la obligación respecto de todos; pero si ha sido demandado por algún acreedor, con éste debe cumplirse la obligación».

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

ESAÚL MARÍA CASTILLO FREYRE

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

2. Análisis

Es efecto de las obligaciones solidarias que el deudor pueda pagar a cualquiera de los acreedores comunes, sin necesidad de exigir garantía alguna.

Así, León Barandiarán[784] expresa que:

> Pagada la obligación íntegramente a uno de los acreedores solidarios, los demás tienen el derecho a exigir de aquél la parte proporcional respectiva que a cada uno corresponda en el crédito, salvo convención en sentido distinto. Si la obligación se rescinde o se anula para un acreedor, su parte no puede acrecer las de los otros acreedores. Por lo demás, el deber de un acreedor, a que queda sometido en el sentido de repartir lo recibido en caso de que fuera pagado, no podría resultar afectado por el hecho de que se hubiera cedido por el acreedor el crédito a un tercero. En el caso de que la prestación debida sea efectuada a favor del nuevo acreedor, ella tendrá, en la proporción entre el acreedor primitivo y los otros acreedores solidarios, el mismo efecto como si la relación obligacional se hubiese extinguido por la prestación ejecutada a favor del acreedor primitivo. Éste tiene que pagar, entonces, a los demás acreedores solidarios las partes que les corresponden.
>
> El deber de contribución de parte del acreedor que recibió el pago, para los otros acreedores conectados por el vínculo solidario, existe no sólo cuando el primero haya recibido la totalidad del *debitum*, sino en general, cuando haya recibido una parte que exceda a la parte proporcional que le correspondía.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 1185 del Código Civil deja de lado el principio de la prevención, a través del cual el deudor puede pagar la deuda

784 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 134.

a cualquiera de los acreedores siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, cabría que las partes pactasen, al momento de constituir la obligación, que regirá dicho principio, basado en la autonomía de la voluntad.

Respecto del aludido principio de prevención, señala Luis de Gásperi[785] que no están de acuerdo los escritores sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la *litis contestatio* romana, según los cuales, una vez que uno de los dos *rei stipulandi* había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la *litis contestatio* extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la *actio judicata*. Agrega De Gásperi que Demangeat, sin embargo, admite que esta limitación de la facultad del deudor de liberarse en manos del acreedor por él elegido, si es que no hubiese sido ya objeto de prevención por parte de otro acreedor, pudo haber existido en Roma, independientemente del efecto extintivo de la *litis contestatio*, de suerte que la decisión dada por Gayo en la L. 16, ha podido ser insertada sin cambios en el *Digesto*, aun cuando en la época de Justiniano hubiese desaparecido hacía ya largo tiempo el sistema formulario y el efecto particular atribuido a la *litis contestatio*.

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

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

785 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo I, p. 149.

Ahora bien, cabe recordar que la solidaridad activa, poco usual, es aquélla en la que existe pluralidad de acreedores solidarios ante un deudor común. Esta clase de solidaridad nace de la voluntad de las partes —aunque teóricamente también podría ser legal—. El artículo 1185 regula la manera en que este tipo de obligación solidaria se cumple.

Sobre este punto, Romero Zavala[786] señala que

> La decisión de demandar es unilateral del propio acreedor y está en su derecho de exigir el pago de la totalidad de la prestación; empero, igual derecho tienen los demás, de manera que no se le puede quitar ese derecho, por la sola circunstancia de haberse adelantado una demanda judicial. En la solidaridad activa, como se puede apreciar, hay dos efectos: 1.- efectos entre el deudor común y los acreedores solidarios; y, 2.- efectos de los acreedores entre sí. Por tanto de acuerdo con lo expresado: (i) cualquier acreedor puede demandar al único deudor por el pago íntegro de la prestación; (ii) el deudor puede pagar a cualquiera de los coacreedores solidarios; y, (iii) el pago ejecutado por el deudor común a cualquiera de los acreedores extingue la obligación con relación a los demás coacreedores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

786 Romero Zavala, Luis. *El Derecho de las Obligaciones en el Perú. La concertación obligacional.* Lima: Editora Fecat, 1999, tomo I, p. 253.

Cumplimiento de las obligaciones solidarias pasivas

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1186

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

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

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

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hizo en su artículo 169: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos

DERECHOS RESERVADOS CASTILLO FREYRE

ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 trataba el tema en el artículo 160: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, lo hacía en el artículo 1203: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1213: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo».

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

2. Análisis

La solidaridad pasiva es aquélla en la cual existe pluralidad de deudores obligados solidariamente frente a un acreedor común. Esta solidaridad surge, por lo general, del pacto entre las partes y de la ley, aunque ocasionalmente puede nacer de

EXPEDIENTE CASTILLO FREYRE

la voluntad unilateral, por ejemplo, la constitución de un legado que deba pagarse solidariamente por varias personas.

Hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. Se trata, en consecuencia, de una obligación única a cargo de varios deudores, de suerte que uno cualquiera puede ser obligado a efectuar un pago íntegro, liberatorio para todos con relación al acreedor.

La solidaridad pasiva tiene por objeto otorgar al acreedor la mayor seguridad: en lugar de un deudor único, habrá dos, tres o más; su derecho de prenda general, en lugar de estar limitado a un patrimonio, descansará sobre una serie de patrimonios.

La lectura del artículo 1186 del Código Civil nos permite percibir que la solidaridad pasiva aumenta considerablemente las probabilidades de cumplimiento de la obligación, puesto que, en caso de insolvencia de uno de los codeudores, el acreedor podrá exigir la prestación a los otros; sólo la insolvencia de todos los codeudores hará imposible, para el acreedor, cobrar su crédito.

La solidaridad pasiva, en este orden de ideas, constituye la más sólida garantía personal. La solidaridad entre deudores, al lado de la fianza solidaria, representa la más eficaz garantía personal del pago y el más poderoso medio de crédito.

Ahora bien, un punto que resulta importante abordar es el referido al tercer tipo de solidaridad, llamada solidaridad activa y pasiva o solidaridad mixta, la cual implica la existencia de una pluralidad de acreedores y de deudores solidarios.

Lo anterior nos permite señalar que cuando se habla de la utilidad de la solidaridad, uno fundamentalmente se refiere a la solidaridad pasiva y a la solidaridad mixta; ello, en tanto lo más importante en materia de obligaciones solidarias es encontrarnos frente a una pluralidad de patrimonios en la parte pasiva de la obligación.

En la solidaridad activa no hay ventajas porque cualquiera que fuera el número de acreedores, en nada cambiaría los beneficios para cobrar fácil y expeditivamente, ya que, si sólo hay un deudor y ese deudor, por ejemplo, deviene en insolvente, su patrimonio no podría responder por la deuda.

En un supuesto como el planteado, la utilidad de la solidaridad se referirá fundamentalmente a las facilidades de representación para cobrar que tendrán los acreedores, pero no a los patrimonios que pueden atacar.

Esta situación es distinta en los casos en que la solidaridad es pasiva o mixta. En tales supuestos, los acreedores o el acreedor común tienen frente a sí una pluralidad de patrimonios, es decir, la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a más de un sujeto, a más de un patrimonio.

FERNANDO HINESTROSA CASTILLO FREYRE

A manera de ilustración, nos remitiremos a la Casación n.° 3588-2015-Lima, de fecha 24 de octubre de 2016, que señala lo siguiente sobre la solidaridad pasiva, «Sétimo.- En relación al pago derivado de consumos efectuados en el Restaurant La Rosa Náutica Sociedad Anónima por la suma de treinta y dos mil ochocientos cuarenta y cinco soles con sesenta y ocho céntimos (S/ 32,845.68), con cargo a los adeudos que dicha empresa mantenía frente a la entidad demandante: Se advierte que el Ad quem incurre en una evidente confusión al sostener que no hay solidaridad porque el título que sustenta la pretensión no es único, sino que cada uno de los demandados ha realizado consumos por montos distintos. Para determinar si existe o no solidaridad en el pago de la obligación demandada resulta irrelevante el hecho de que cada uno de los demandados haya hecho consumos por montos distintos, pues lo que determina dicha solidaridad es la Ley, esto es, el artículo 177 de la Ley General de Sociedades, concordante con el artículo 414 de la misma ley, siendo claro que según tales normas los liquidadores responden de manera ilimitada y solidaria ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la Ley, al Estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Por otro lado, resulta equívoco (por decir lo menos) que el Ad quem niegue a la entidad demandante la posibilidad de cobrar a cada uno de los demandados el pago íntegro de lo peticionado en la demanda, cuando justamente esto corresponde a la naturaleza de la obligación solidaria (artículo 1186 del Código Civil), que como se ha manifestado antes, ha sido invocada en la demanda, teniendo como basamento legal la norma precitada (artículo 177 de la Ley General de Sociedades)».[787]

De otro lado, como es claro, lo anterior no significa que necesariamente dos o más patrimonios sean mejor que uno. Podría ocurrir que los deudores sean personas insolventes y, en consecuencia, que el acreedor o los acreedores no cuenten con la posibilidad de cobrar la prestación a la que tienen derecho. El caso contrario ocurriría si se tratase de un solo deudor que sí cuenta con solvencia económica.

Para ilustrar el escenario, tenemos el caso expuesto en la Casación n.° 861-2014-Arequipa, de fecha 25 de septiembre de 2014, en donde se observa que el banco, ante la falta de pago de una hipoteca, decide cobrar no a quienes la constituyeron, si no a los fiadores, «*Quinto.*- En el presente proceso la empresa demandante solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios incluyendo los conceptos de daño emergente y lucro cesante, dado que en el proceso de ejecución de garantías (Expediente 5928-2000) seguido contra la sociedad conyugal conformada por Justo Eduardo Chata Borda y Antonia Melania Mamani Ramírez de Chata, el Banco demandado decidió dirigirla contra ellos en mérito a la calidad de fiadores solidarios que tenían. Al respecto es preciso mencionar que la sociedad

787 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 367. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3588-2015-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

conyugal se constituyó en garante hipotecario de las obligaciones asumidas por la empresa demandante, de tal manera que el Banco podía optar libremente contra quién dirigir la demanda de ejecución, porque así lo faculta el artículo 1186 del Código Civil. *Sexto.*- Que, en dicho proceso de ejecución se han emitido resoluciones que tienen la calidad de cosa juzgada, como es el caso de la que declara infundada la contradicción, las que disponen el remate y posterior adjudicación del inmueble que fue dado en garantía; por lo que la solicitud que realiza la empresa demandante para que en este proceso sobre indemnización de daños, se tenga en consideración los pagos a cuenta para amortizar la deuda, deviene en un imposible jurídico, por cuanto ya fueron materia de análisis. *Sétimo.*- Esta Sala Suprema advierte que la sentencia recurrida contiene una adecuada fundamentación, basada tanto en los hechos como en los medios probatorios aportados por ambas partes, valorándolos en forma conjunta utilizando su apreciación razonada llegando a la conclusión de que al expedirse la resolución impugnada no se han infringido las disposiciones denunciadas, las que están relacionadas con los principios de dirección e impulso del proceso a cargo del juez y uno de los supuestos en el que se declara la improcedencia de la demanda y es cuando el demandante carezca de interés para obrar. *Octavo.*- Efectivamente se puede verificar que el Banco ahora demandado optó por demandar a los garantes hipotecarios antes que a la deudora principal, que es la empresa demandante; en ese sentido al no afectarse la esfera patrimonial de ésta, no se entiende qué es exactamente lo que reclama, porque la deuda se canceló con el bien que constituía la garantía otorgada por los fiadores. Que en todo caso, si realizó pagos que considera no han sido descontados del saldo deudor, le corresponde hacer uso de las acciones correspondientes, pero no a través de una demanda de indemnización, ya que no logra demostrar ninguno de los elementos de la responsabilidad civil como: el daño, nexo causal y el factor de atribución. Por tal motivo el recurso deviene en infundado, al no verificarse ninguna infracción a las normas denunciadas».[788]

Aclarado este concepto no podemos negar que, por una cuestión estadística, usualmente el o los acreedores tendrán mayores probabilidades de cobrar cuando haya pluralidad de deudores, trátese de la solidaridad pasiva o mixta. El o los acreedores tendrían, lo reiteramos, más patrimonios contra los cuales dirigirse para hacer efectiva su obligación.

Como ya vimos, durante mucho tiempo, cuando se intentó explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad, ésta se quiso entender a través de la figura de la representación. Así, se sostenía que en esencia la solidaridad era una especie de representación.

Esa teoría, sin embargo, ya no se encuentra vigente, y hoy la naturaleza jurídica de la solidaridad sólo se entiende a través de la solidaridad misma. No hay

788 Consultado en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

otra figura que explique a la solidaridad, simplemente porque —como lo reconoce la doctrina, la legislación y la jurisprudencia— ella es una figura con autonomía conceptual.

Por último, resulta conveniente resaltar que, en las obligaciones solidarias, si bien es cierto que se le puede exigir el íntegro a cualquiera de los deudores de la prestación, no es menos cierto que el o los acreedores no tienen la obligación de cobrar ese íntegro. Los acreedores podrían aceptar un pago fraccionado, a menos que se desnaturalice la prestación.

En buena cuenta, el hecho de que una obligación sea solidaria no impide cobrar de manera fraccionada, salvo que la obligación fuese indivisible por la naturaleza de la prestación o por la teoría de los múltiplos, casos en los cuales, obviamente, no cabría pago fraccionado.

En una obligación indivisible y solidaria, sólo se podría cobrar parcialmente si la indivisibilidad fuese ficticia, esto es, cuando la prestación fuese divisible por naturaleza, pero indivisible por pacto.

Cabe advertir que, de aceptar el pago fraccionado, al acreedor le convendría efectuar una reserva en el recibo, pues de lo contrario el cobro implicaría una renuncia a la solidaridad respecto de ese deudor.

Resulta necesario aclarar que cuando hablamos de «renuncia a la solidaridad», no nos estamos refiriendo a la renuncia a la solidaridad con respecto a todos los deudores, sino a la renuncia respecto de aquél a quien se le recibió el equivalente a su parte en la relación interna.

También precisa aclararse que la reserva de la solidaridad no implica que se tenga que agotar las vías para cobrar a los demás deudores y recién volver a cobrar el saldo al deudor respecto del cual se efectuó la reserva. El o los acreedores se encuentran facultados para cobrarle directamente y en cualquier momento dicho saldo.

Sobre este punto, resulta importante citar dos sentencias que sustentan lo señalado. Así, la primera de ellas expresa que: «Las reclamaciones entabladas contra uno de los deudores solidarios no es (*sic*) obstáculo para las que posteriormente puedan dirigirse contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo»[789]. Otro fallo sostiene que: «El efecto esencial de la solidaridad es que el acreedor pueda dirigirse contra alguno de los deudores o contra todos ellos, y puede hacerlo simultáneamente o sucesivamente, hasta que cobre el íntegro de la deuda, vale decir, que cada codeudor puede ser constreñido por la totalidad,

789 Expediente n.° 3620-97. Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. En Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, tomo II, p. 365.

rehusándosele por consiguiente, el beneficio de la división, ya que los codeudores solidarios los son por el íntegro»[790].

Antes de concluir con nuestros comentarios sobre artículo 1186 del Código Civil, resulta importante hacer referencia —por la íntima relación que posee con el tema— al artículo 93 del Código Procesal Civil. Dicho precepto dispone lo siguiente:

> Artículo 93.- *Litisconsorcio necesario*
>
> Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.

Sobre este particular, Ledesma Narváez[791] sostiene que

> La figura procesal del litisconsorte necesario —también conocida como obligatorio— surge cuando la relación de Derecho sustancial, sobre la cual debe pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos.

Así, en la práctica, cuando el acreedor desea exigir el cumplimiento de una obligación solidaria solamente a uno de los deudores (porque tal vez éste tiene mayor capacidad económica para honrar la deuda o porque simplemente esa fue su decisión), la ley procesal ordena que todos los deudores solidarios, y no sólo el elegido por el acreedor, tengan que ser emplazados, en virtud del artículo 93 del citado cuerpo normativo; y es que la decisión, al afectar a los deudores solidarios, sólo será expedida válidamente si todos son notificados. De esta manera se contraviene el sano principio establecido por el Código Civil a través del cual el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios.

Creemos que lo más útil, en aras de la coherencia y unidad legislativa, sería modificar dicha disposición procesal (nos referimos al citado artículo 93), en el sentido de que para la emisión de una sentencia válida se permita que el acreedor pueda demandar a uno o algunos de los deudores solidarios, ya que obligar a que se emplace a todos implica contravenir la propia libertad contractual de los deudores, pues ellos sabían de antemano que ante el incumplimiento de la obligación,

790 Casación n.° 167-96-Ica. En diario oficial *El Peruano*, publicado el 3 de mayo de 1998, p. 868.

791 Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo I, p. 347.

cualquiera de ellos, si le fuese exigido el pago, tendría la obligación de satisfacer dicho requerimiento.

Por lo demás, si no se emplaza a alguno o algunos codeudores, es obvio que la sentencia que recaiga en ese proceso no podría ser oponible a tales sujetos.

Finalmente, y en adición a lo señalado, Montero Aroca[792] sostiene que «El fundamento del litisconsorcio necesario no se halla en la supuesta extensión de la cosa juzgada a quien no fue parte, ni en el principio de contradicción, ni en el evitar sentencias contradictorias, ni en la imposibilidad de ejecución de la sentencia, ni en la sentencia *inutiliter data*. El fundamento hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia, estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerlas varias personas o han de hacerse frente a varias personas». En ese entender, creemos que deben respetarse esas «relaciones materiales» en el cobro, judicial o extrajudicial, de éstas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

792 Montero Aroca, Juan. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1995, tomo II, p. 58.

Transmisión *mortis causa* de la obligación solidaria

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1187

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

En cambio, trata el tema el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 1560: «Si fallece alguno de los acreedores o de los deudores solidarios, dejando más de un heredero, cada uno de éstos no tiene derecho a exigir, ni está obligado a pagar, sino la parte de la cuota que habría correspondido al heredado, proporcional al haber del heredero que cobra, o paga».

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

LUIS ALBERTO CASTILLO FREYRE

solidarios, dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le corresponda en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores».

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

2. Análisis

La lectura del artículo 1187 del Código nacional nos permite advertir que la obligación solidaria no se hereda en la misma condición, sino en calidad de mancomunada por el íntegro de la prestación.

Así, el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores primitivos sobrevivientes por la totalidad de la prestación, pues conservan la calidad de deudores solidarios, o puede demandar separadamente a cualquier heredero, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse con los demás herederos el monto de la deuda del causante.

En vista de que ya hemos estudiado este tema de manera detallada al desarrollar las relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones, remitimos al lector a lo allí expuesto con ocasión de nuestro análisis del artículo 1177 del Código Civil.

Sin embargo, sólo cabría formular una interrogante en el sentido de ¿qué pasaría si la masa hereditaria del deudor fallecido no fuese suficiente para cumplir con el pago del total de la obligación? Resulta necesario señalar que como

el heredero responde de las deudas de la herencia únicamente hasta donde alcancen los bienes que componen ésta, si la herencia no logra cubrir la totalidad de la prestación, ésta no le será exigible a los sucesores. Esta solución no coloca al acreedor en una situación desventajosa, pues siendo el patrimonio del fallecido la garantía común de la obligación asumida por él, el acreedor se encuentra en la misma situación que si viviera el deudor. De todos modos, aún tiene la posibilidad de dirigirse contra los demás codeudores solidarios para poder satisfacer su crédito.

El fallecimiento de uno de los deudores o acreedores solidarios no hace desaparecer la solidaridad, únicamente la limita cuando concurren varios sucesores, en proporción a las participaciones de éstos en la herencia, manteniéndose la solidaridad en la plenitud de sus efectos contra los deudores solidarios primitivos o a favor de los acreedores solidarios originarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción de la totalidad de la obligación, practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias

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

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

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

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

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

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

1. ' Fuentes nacionales del artículo 1188

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

El Código Civil de 1852 legisló el tema en su artículo 2245: «El perdón hecho a uno de los deudores mancomunados, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en sus artículos 1561: «La novación, compensación, confusión o remisión de deuda, respecto de cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la obligación»; y 3031: «La transacción celebrada con un deudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente,

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

la transacción con un acreedor solidario, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta, sino por su parte en el crédito».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordó el tema en sus artículos 172: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.— El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»; y 176: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en tres normas, los artículos 163: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.— El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación»; 167: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»: y 264: «El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor solidario»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en sus artículos 1206: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»; 1209: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»; y 1288: «El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los demás»; y el Código Civil de 1936 trataba el tema en sus artículos 1216: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación solidaria. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»; 1219: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»;

y 1299: «El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los demás».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 consignó varios preceptos para la regulación de este tema; los artículos 60: «La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último.— Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero»; 61: «La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.— Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero»; 62: «La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.— Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero.— Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.— A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste»; y 64: «La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.— Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella».

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trató sobre el particular en su artículo 67: «La novación, compensación, remisión o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.— En estos casos, las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se regirán por las reglas siguientes: 1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación; 2. En la compensación, los codeudores responden por su parte; 3. En la remisión, se extingue la obligación de los codeudores; 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en su artículo 1209: «La novación, compensación, remisión o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.— En

estos casos, las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se regirán por las reglas siguientes: 1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación; 2. En la compensación, los codeudores responden por su parte; 3. En la remisión, se extingue la obligación de los codeudores; 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hizo en su artículo 1156: «La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.— En estos casos, las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes: 1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.— 2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.— 3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.— 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción».

2. Análisis

El artículo 1188 del Código Civil peruano plantea numerosos supuestos de actos susceptibles de celebrarse entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, respecto de la totalidad de la obligación, y las consecuencias que dichos actos acarrearían sobre los demás codeudores de la obligación, con respecto al deudor que los practicó.

A decir de Alterini, Ameal y López Cabana[793], a través de dichos actos, que son modos extintivos de las obligaciones, se produce la propagación de sus efectos a los demás codeudores. Ésta es precisamente la regla consignada en el primer párrafo del artículo 1188 del Código nacional. La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, respecto de toda la obligación, libera a los otros codeudores. Esta norma es de claridad meridiana. Merecen análisis meditado, en estos supuestos, las relaciones jurídicas que surgen entre el codeudor que practicó tales actos y los demás codeudores.

El primer supuesto previsto por el artículo 1188 es el de la novación. Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277, primer párrafo, del Código Civil). Según Giorgi[794], en el caso de la novación entre el acreedor y un

793 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 218 y 219.

794 Giorgi, Giorgi. *Op. cit.*, volumen I, pp. 151-153.

deudor solidario, este acto libera a todos los coobligados, pero el acreedor tiene el derecho de subordinar la novación a la condición de que los demás deudores solidarios tomen parte en ella y consientan la nueva obligación. En tal supuesto —opina Giorgi—, si el acreedor exige esta adhesión y los codeudores rehúsan adherirse al nuevo convenio, subsiste la obligación anterior. Si, por el contrario, los codeudores se adhieren a la novación, es necesario saber si la nueva obligación será igualmente solidaria. Expresa Giorgi que lo será si el acreedor, en el acto de novar, se cuidó de estipular expresamente la solidaridad; en caso contrario, será a prorrata, porque la novación extingue del todo la primitiva obligación, haciendo nacer una completamente nueva, en la que readquiere su imperio la regla de que la solidaridad no se presume, sino que debe pactarse expresamente.

Comenta el citado autor italiano que la doctrina francesa coincide en señalar que el acreedor, al celebrar novación con un deudor solidario, no puede, sin el asentimiento de los demás deudores, conservar en garantía de la nueva obligación los privilegios y las hipotecas de los bienes mismos, pero niega que les esté prohibido conservar los privilegios e hipotecas cuando concurra el asentimiento de los deudores, a los que pertenezcan los bienes sujetos a los privilegios y a las hipotecas, ratificándose en la opinión del propio Pothier.

Sin embargo, Giorgi considera que la opinión de Pothier es una aplicación inoportuna de los principios rigurosos del *ius civile* romano; recuerda que, en efecto, la novación entre los romanos se verificaba mediante *stipulatio*, y como a la *stipulatio* acompañaban siempre efectos rigurosos, determinaba necesariamente la extinción completa de la obligación y de todos sus accesorios, salvo si el deudor hubiese consentido en impedir la extinción de estos accesorios, en cuanto de él podía depender; pero conservar una hipoteca sobre los bienes no propios del deudor, si bien propios de sus codeudores, no podía ciertamente depender de él.

Agrega Giorgi que no hubiera sobrevenido, por otra parte, este efecto riguroso si los romanos hubiesen conocido la posibilidad de novar mediante un *pactum*; precisa además que no debería sobrevenir para nosotros, ya que las rigurosas consecuencias de la *stipulatio* no tienen razón de ser en el Derecho moderno, y no es dable entender por qué el acreedor, que podría hacer lo más, esto es, no consentir la novación y mantener así la obligación personal del codeudor solidario, cuyos bienes estén sujetos a hipoteca, no pueda hacer lo menos, o sea, desligar con la novación al deudor solidario de la obligación personal, pero conservar la garantía hipotecaria sobre sus bienes, pues los principios de Derecho vigentes sobre hipotecas permiten la subsistencia del vínculo hipotecario sobre bienes de un tercero.

Alfredo Colmo[795] critica el antiguo principio del artículo 810 del Código Civil argentino, según el cual la novación realizada entre el acreedor y uno de los deudores de una obligación indivisible extingue la obligación *erga omnes*, de

795 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 333.

suerte que los deudores que no han tomado parte en la novación no sólo quedan desobligados de la deuda primitiva, lo propio que el deudor que la ha efectuado, sino también respecto de la nueva, en que no han sido partes, y que sólo obliga a dicho deudor. Agrega que, en general, la solución del precepto anotado es poco admisible, pues será raro el supuesto en que un acreedor entienda desobligar a los deudores restantes al novar la obligación originaria. Por otra parte, Guillermo A. Borda[796] opina en sentido contrario a Colmo, considerando lógica la solución del artículo 810 del Código Civil argentino, pues en este caso la novación equivale al pago. Cabe señalar que el Código Civil peruano de 1984 no presenta este problema.

Supongamos que existe una obligación entre tres codeudores y un acreedor común, por la cual se le deben sesenta mil soles. El primero de dichos deudores acuerda con el acreedor común novar la integridad de la obligación para que ya no se deba los sesenta mil soles, sino un automóvil Mercedes Benz usado (que vale 75,000 soles). De conformidad con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1188, bajo comentario, los otros codeudores responderán, a su elección, por su parte en la obligación primitiva (es decir, por veinte mil soles cada uno) o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación, vale decir, por un monto de veinticinco mil soles cada uno. En este caso, evidentemente preferirán entregar a su codeudor que efectúo dicha novación la cantidad de veinte mil soles cada uno, correspondiente a su parte en la obligación originaria, por ser menor al valor de los 25,000 soles concerniente a cada uno en la nueva obligación.

El segundo supuesto del artículo 1188 del Código nacional es el de la compensación (inciso segundo). Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra; no opera la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo (artículo 1288 del Código Civil).

Señala Giorgi[797] que la importancia de la compensación como modo de extinguir la obligación en materia de solidaridad pasiva reside no ya en saber si el deudor solidario, convertido en acreedor del acreedor, le puede oponer su crédito, sino en determinar si tendrá, además, el derecho de oponerle la compensación nacida del crédito de otro codeudor solidario.

Supongamos, dentro del mismo ejemplo planteado por nosotros para el caso de la novación, que uno de los deudores haya compensado la totalidad de la deuda mantenida por él y sus dos codeudores con el acreedor común; y que dicha compensación de la deuda que ascendía a sesenta mil soles, se hubiese efectuado frente a otra obligación que mantenía dicho acreedor (deudor en otra obligación) ante el codeudor (acreedor en otra obligación) por un monto de sesenta mil soles. En este

796 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 636 y ss.

797 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 153 y 154.

caso, los codeudores que no practicaron el acto de la compensación, simplemente no responderán frente al acreedor común, ya que luego de efectuada la compensación ésta ha sido total (por el íntegro de ambas deudas), pero deberán restituir sus partes a quien opuso la compensación.

En cambio, en una obligación solidaria, si la compensación no hubiese sido por el total, sino que el acreedor común —en otra hipótesis— debiese a los mismos codeudores la suma de 54,000 soles, en este caso, como resultado de la compensación, se tendría por reducida la obligación, por parte de los tres deudores hacia el acreedor común, a un monto de seis mil soles.

En tal caso, y debido al acto celebrado por un deudor frente al acreedor común, los otros codeudores ya no deberían cada uno, en la relación interna, veinte mil soles, sino sólo dos mil soles, pues éste será el resultado de la obligación reducida, quedando obligados, sin embargo, a mérito de la solidaridad, por seis mil soles frente al acreedor común.

Si uno de los codeudores solidarios opone la compensación al acreedor por el íntegro de la prestación de la que es titular y, por lo tanto, tal acreedor ve completamente satisfecho su crédito, el codeudor que compensa se subroga al antiguo acreedor, por mandato del artículo 1260, inciso 1, del Código Civil, aplicándose, para resolver sus relaciones jurídicas con quienes fueron sus codeudores, las reglas del pago con subrogación y las previstas por el artículo 1204, relativas a la solidaridad, a las que remite el artículo 1263.

Si la subrogación opera sólo parcialmente, esto es, si el codeudor solidario compensa su parte y algo más, quedando un remanente en favor del acreedor, se aplican las reglas del artículo 1264 (subrogación parcial) y, además, las normas citadas en el párrafo precedente.

Nótese que, para este caso, a diferencia del de novación de la totalidad de la obligación, el Código Civil no otorga alternativa a los codeudores; y esto es natural, pues siempre el resultado de la compensación de las obligaciones será el de la extinción de la que alcance menor monto o, en todo caso, el de la extinción total de ambas, si su cuantía fuera igual.

El inciso tercero del artículo 1188 plantea el supuesto de la condonación de la totalidad de la deuda por acuerdo concertado entre uno de los codeudores y el acreedor común.

Es efecto de la condonación que se extinga la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero (argumento del artículo 1295 del Código Civil). La condonación implica el perdón de la deuda, y como el artículo 1188 tiene por supuesto el que se trate de la totalidad de la deuda la que constituya objeto de dicho pacto, el efecto será que la obligación se habrá extinguido para todos los deudores, incluso para aquellos que no participaron del acto de condonación (los otros dos), quienes también resultan beneficiados, pues nada deberán.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A entender de Barbero[798], la remisión a favor de un deudor solidario libera también a los demás, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente, al efectuar la remisión, el propio derecho respecto de ellos, pues naturalmente en tal caso el acreedor no puede exigir de los otros la prestación entera (menos aun cuando ésta sea también indivisible), sino que deberá restar la parte que en las relaciones internas entre deudores gravaba al deudor liberado.

Adicionalmente, podríamos decir que como no se puede imponer a nadie una condonación, esto es, un acto de beneficencia o de liberalidad, podría darse el caso de que uno de los codeudores no acepte tal condonación. Sin lugar a dudas, el espíritu del inciso tercero del artículo 1188 es que los codeudores acepten la condonación practicada por su codeudor y el acreedor común, y que, en caso contrario, puedan cumplir con su parte. Llegamos a esta conclusión porque es éste, a su turno, el texto y el espíritu de las normas que sobre condonación prevé el Código Civil.

Según Giorgi[799], se comprende fácilmente que, en virtud de la acción que los codeudores solidarios tienen entre sí, resultaría inútil la condonación para el deudor que la obtuvo, si el acreedor pudiese reclamar el pago íntegro del crédito de los demás deudores a quienes no condonó la deuda, pues al repetir estos últimos contra el codeudor solidario, favorecido por la remisión, para reembolsarse de la parte correspondiente, harían inútil la condonación misma. Sin embargo, Giorgi considera que, en verdad, no es fácil igualmente entender qué significan aquellas palabras «la parte de aquél, al que ha hecho la condonación», porque cada deudor solidario puede estar interesado en la deuda en proporción diversa de los otros; verbigracia, tres deudores de 1,200, en las relaciones entre sí, pueden estar obligados uno por doscientos, otro por cuatrocientos y el tercero por seiscientos, quedando por determinar si la condonación hecha al primero vale por la porción real de doscientos o por la porción viril de cuatrocientos. Precisa que acerca de este punto existe alguna controversia entre los escritores, pero la opinión más seguida y digna de preferencia es la de considerar la duda como cuestión de voluntad resolutiva por las reglas de interpretación, afirmando, cuando la duda se ofrezca insoluble, la condonación de la parte viril. Considera Giorgi que, además de ser éste el principio racional, es también el seguido por Pothier.

Por otro lado, también tenemos el caso de la transacción (inciso cuarto del artículo 1188 del Código Civil peruano). Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (artículo 1302, primer párrafo, del Código Civil).

798 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 322.

799 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 150.

Sobre este punto, Giorgi[800] anota que el Derecho romano no determinó los efectos de la transacción con relación a la solidaridad; precisa, sin embargo, que en el Derecho moderno no cabe duda, y lo enseñan casi todos los tratadistas, acerca de que una transacción onerosa estipulada por la deuda entera entre el acreedor y un deudor solidario no puede nunca recaer en perjuicio de los codeudores, en tanto que, por el contrario, una transacción integral beneficiosa puede resultar en favor de estos últimos, con tal que quieran aprovecharse de ella.

En el ejemplo que estamos utilizando a efectos del análisis del artículo 1188, ubiquémonos en la hipótesis de que uno de los tres codeudores celebrara una transacción con el acreedor sobre la totalidad de la deuda. De esta transacción (que supone que dicha deuda constituye un asunto dudoso o litigioso) pueden derivarse dos consecuencias: o que el monto debido como resultado de la transacción sea mayor al que el originalmente creían deber los codeudores, o que sea menor. En tal sentido, los codeudores responderán, a su elección, por su parte en la eventual obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción. Evidentemente, si el resultado de la transacción es por monto menor al que se consideraban obligados, preferirán responder por dicho resultado; y si, por el contrario, el monto es mayor, preferirán responder por su eventual participación en la obligación originaria.

Adicionalmente, podríamos decir que la anterior no es la única interpretación posible del texto del inciso cuarto del artículo 1188 del Código Civil. Debe entenderse también que, si un codeudor no ha intervenido en la transacción o no se acoge a ella, al hablarse de su parte en la obligación original, que para él continuaría siendo dudosa o litigiosa, tendría el derecho de no acogerse a tal transacción y litigar sobre su parte respecto a la supuesta obligación original. De otra manera tendría que acogerse a la transacción o pagar el íntegro de lo que —precisamente— para él es dudoso o litigioso, pero respecto de lo cual él no quiere transigir.

En materia jurisprudencial, sobre el último supuesto de la norma que versa sobre transacción, observamos la Casación n.° 2667-2010-Lima, de fecha 24 de mayo de 2012, que señala, «*Séptimo.*- Que, siendo esto la transacción extrajudicial de fecha 21 de diciembre del 2006, solo vincula a las personas y entidades que en ella se señala, no liberando a todos los codeudores demandados en el presente proceso, de acuerdo a las cláusulas establecidas en la transacción extrajudicial celebrada por los demandantes, como equivocadamente lo argumenta el Ad quem en la recurrida sentencia, por lo que siendo esto así, se concluye que se ha infraccionado lo dispuesto en el artículo 1189 del Código Civil al no haber sido aplicada dicha norma al presente proceso, la cual establece

800 *Ibidem*, p. 155.

que 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; por lo tanto y habiéndose establecido que estamos frente a una transacción parcial, los efectos de la misma solo alcanzan a la parte de los deudores que han transigido, la cual queda extinguida, sin embargo, los otros codeudores no se liberan de la obligación, quedando obligados a satisfacerla, por lo que se debe continuar con la prosecución del proceso, conforme a lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil, máxime si no existe título alguno que acredite la obligatoriedad solidaria por parte de los demandados respecto a la pretensión demandada. *Octavo*.- Que, además debe tener en cuenta, que la transacción celebrada sólo es por la suma de noventa y nueve mil dólares americanos, y no por el total de la obligación demandada que asciende a la suma de un millón de dólares americanos, en consecuencia, al no haberse celebrado la transacción extrajudicial sobre la totalidad de la obligación demandada, no se puede liberar a los demás codeudores, ya que como anteriormente se ha señalado, ha sido voluntad de los suscribientes celebrar una transacción extrajudicial parcial, por lo que de esta manera, también se ha infraccionado el primer parágrafo del artículo 1188 del Código Civil, al haber sido aplicada dicha norma al proceso, por cuanto no se ha transigido sobre el total de la obligación, por lo que sus efectos no pueden alcanzar a los demás codeudores, como equivocadamente se ha señalado en la recurrida, lo cual conlleva a que el recurso deba ampararse».[801]

Otro problema de interpretación surgiría en la última de las hipótesis previstas en el párrafo anterior, si la prestación dudosa o litigiosa es indivisible y uno de los codeudores quiere litigar. ¿Cómo respondería si pierde el juicio?

Si, por ejemplo, tres deudores («D1», «D2» y «D3») se han obligado frente al acreedor común (A), a entregarle un automóvil que vale treinta mil soles.

Luego, por considerar que la obligación mencionada tiene el carácter de dudosa o litigiosa, «D1» y «D2» transigen por cinco mil soles cada uno.

Supongamos, además, que «D3» sostiene que no debe nada y que prefiere ir a juicio. «D3» pierde el juicio y es condenado a pagar el auto debido originalmente. En estricto cumplimiento del mandato judicial, «D3» deberá entregar el auto al acreedor común.

En un primer razonamiento se podría sostener que «D3» no tendría ningún derecho que reclamar a «D1» y «D2», y que no se estaría configurando un supuesto

801 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 368. Consultado en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c548a80409cf3c682f3d73e05a158dc/CAS%2B2667-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c548a80409cf3c682f3d73e05a158dc [Texto correspondiente a la tercera edición]

de enriquecimiento indebido a favor del acreedor y en perjuicio de «D3», porque litigó y ese fue el resultado del juicio.

Sin embargo, el razonamiento anterior podría ser combatido aduciéndose que esta situación propiciaría la comisión de fraudes entre el acreedor común y los codeudores que transigieron con él, en cuyo caso «D3» sí tendría derecho a plantear acciones de restitución.

No obstante ello, opinamos que el razonamiento más adecuado sería el de considerar que si «D3» perdiese el juicio frente al acreedor común, debería ser obligado únicamente al pago de su parte (en dinero), lo que equivale a decir, dentro del ejemplo, de diez mil soles.

Esta última sería la solución adecuada al tema, la que concordaría plenamente con lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 1188 del Código nacional.

A pesar de ser una figura que en los tiempos modernos ha caído en desuso (sobre todo con su exclusión por el Código Procesal Civil de 1993), resulta de interés anotar la opinión de Giorgi[802] en el sentido de que el juramento decisorio es una especie de transacción, y por eso el juramento deferido a uno de los deudores solidarios aprovecha a los demás; pero considera el maestro italiano que para esto es necesario que el juramento haya recaído sobre la existencia misma de la deuda y no sobre la cuestión de si el demandado era o no uno de los deudores solidarios, razón por la que es fácil comprender que el principio por el cual el juramento sobre la existencia de la deuda aprovecha a los codeudores, se debe también aplicar al caso de la negativa del acreedor a prestarlo, cuando le sea deferido el juramento por uno de los deudores.

Antes de concluir nuestro análisis de los cuatro incisos del artículo 1188, podríamos decir que en el deudor que practicó los actos previstos por los incisos primero, segundo y cuarto, así como en los otros codeudores solventes, recaería la eventual insolvencia de algún codeudor.

Asimismo, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria no habría problema alguno, ya que sería de aplicación el artículo 1188, en virtud de que es una norma propia de la solidaridad, y lo dispuesto por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria o indivisible y mancomunada también sería aplicable la norma del artículo 1188, directamente en el primer caso, y por remisión del artículo 1181, primer párrafo, en el segundo caso.

802 *Ibidem*, p. 156.

Finalmente, y haciendo referencia a la figura de la transacción, la jurisprudencia nacional[803] ha señalado que

> Tanto el responsable directo como el asegurador tienen la calidad de deudores respecto del acreedor, es decir, de quien sufrió el daño o su sucesor. Siendo esto así, y teniendo en cuenta que el numeral 1188 del Código sustantivo prevé que la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación libera a los demás codeudores, en el caso de autos la transacción celebrada entre la demandante y la empresa aseguradora ha liberado de responsabilidad a los otros demandados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

803 Casación n.° 3141-2002-Huánuco. En diario oficial *El Peruano*, publicado el 3 de noviembre de 2004.

Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción parcial de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias

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.

1. Fuentes nacionales del artículo 1189

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

Es tratado, en cambio, por el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 3031: «La transacción celebrada con un deudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente, la transacción con un acreedor solidario, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta, sino por su parte en el crédito».

El tema no es regulado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, ni por el Código Civil de 1936.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trata la materia en varios preceptos; los artículos 60: «La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último.— Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero»; 61: «La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.— Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero»; 62: «La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.— Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero— Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.— A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste»; y 63: «La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.— Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella».

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, reguló el tema en el artículo 68: «Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo anterior se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedarán liberados sino en cuanto a dicha parte»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1210: «Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo anterior se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedarán liberados sino en cuanto a dicha parte»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, trató el tema en el artículo 1157: «Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1156 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte».

2. Análisis

El supuesto del artículo 1189 del Código Civil peruano es que se practique alguno de los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188, entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor común, pero que no esté referido a la totalidad de la deuda (acreencia), sino solamente a la porción de ésta correspondiente al codeudor que llega a dicho acuerdo con el acreedor común, prescribiendo que en estos casos los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

En tal sentido, el artículo 1189 contempla los supuestos de novación, compensación, condonación y transacción.

El supuesto de la novación no siempre mereció regulación legislativa en el Derecho comparado. Eso llevó a Giorgi[804] a decir que aplicando los principios de la solidaridad entre acreedores considera este supuesto de ocurrencia factible, pero reconoce a los demás acreedores el derecho de valerse de la novación, en la

804 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 152.

porción del deudor que la realice, al menos del mismo modo que les es lícito aprovecharse de la condonación puramente parcial.

Por nuestra parte, podríamos decir, siguiendo el ejemplo propuesto al analizar el artículo anterior, que, si uno de los codeudores novase su parte en la obligación con el acreedor común, y ya no debe veinte mil soles, sino veinte toneladas métricas de trigo, dicho acto no tendría efecto sobre los demás codeudores. Ellos no quedarían liberados sino en cuanto a dicha parte, lo que equivale a decir que los otros dos codeudores (quienes no formaron parte del pacto), ya no deberán solidariamente sesenta mil soles, sino sólo la suma de cuarenta mil soles, pues la porción correspondiente al deudor que novó dejará de formar parte de la obligación originaria. Todo ello, desde luego, en la medida en que la deuda, en las relaciones internas entre los codeudores, sea por partes iguales.

Si se tratase de un supuesto de compensación, y uno de los deudores compensase con el acreedor común su parte en la obligación, los otros, igualmente, sólo deberían de manera solidaria cuarenta mil soles, y ya no los sesenta mil soles originales.

En consecuencia, cuando la compensación opera sólo respecto de uno de los codeudores solidarios, por ser el único que mantiene una acreencia con el acreedor común, dicho codeudor se libera por su parte a mérito de la compensación; el crédito del acreedor se ve reducido por la parte que compensó; los otros codeudores continuarían como solidarios, pero detrayendo la parte de aquél que compensó; y si alguno de estos codeudores es insolvente, también tendría que concurrir a cubrir tal falencia económica el codeudor que se vio liberado por la compensación, en proporción a su porcentaje respecto al íntegro de la prestación original. Se trata, pues, de una simple aplicación de las reglas sobre obligaciones solidarias.

En esa línea se ha pronunciado la Casación n.º 2057-2008-Lima, de fecha 2 de abril de 2009, que realiza un interesante análisis citando a la profesora Clotilde Vigil Curo, «Cuando el acreedor pacta con uno de los codeudores la transacción de su parte dentro de la obligación, aquél está en la obligación de reducir la parte transigida del total de la deuda. *Noveno.* Sobre el artículo 1189 del Código Civil, la profesora Clotilde Vigil Curo señala que "en las obligaciones solidarias pasivas, cuando el acreedor pacta con uno de los codeudores la transacción de su parte dentro de la obligación, aquél está en la obligación de reducir la parte transigida del total de la deuda, para que los otros codeudores solidarios que no intervinieron en la transacción, sólo paguen dicho resto o saldo; de lo contrario, la transacción resultaría inútil para el deudor que la realizó". *Décimo.* En el caso de autos, la resolución de vista, para efectos de establecer la inaplicación del artículo 1189 del Código Civil, no ha efectuado un análisis integral de la transacción a la que arriban las partes, limitándose a citar

parte de la cláusula sétima de la misma; lo que no ha permitido determinar sus alcances».[805]

De otro lado, también encontramos lo dispuesto en la Casación n.° 3065-2010-Lima, de fecha 7 de junio de 2011, cuando señala, «En una transacción, el fin de la controversia se da con los deudores solidarios que expresamente son mencionados en la transacción, sean personas naturales o jurídicas. *Duodécimo.* Como se observa de la lectura del documento si bien es cierto como se sostiene en la sentencia recurrida, las partes acordaron en la cláusula sétima, literal g) que "la compensación económica acordada en el literal a) constituye título de cancelación total y definitivo de todas y cada una de las prestaciones, derechos y acciones que pudiera corresponder a los herederos , concluyendo cualquier discrepancia surgida en virtud de "El Siniestro", quedando total y satisfactoriamente indemnizados todos los daños y perjuicios derivados de "El Siniestro". No es menos cierto que la sentencia en mención ha omitido glosar la primera parte de dicha cláusula que expresamente prescribe que: "Salvo el pago indicado en el literal a) de esta cláusula, los herederos en forma conjunta y/o por separado declaran que no tienen nada más que reclamar contra [la Empresa], o contra alguna de las personas referidas en la presente transacción por los hechos y conceptos contenidos en la presente transacción y/o derivados de 'El Siniestro', todas las cuales quedan exceptuadas de cualquier obligación y/o responsabilidad disposición contractual que, aunada a los literales precedentes de la misma cláusula por los cuales se acuerda la renuncia de los herederos frente a las empresas allí mencionadas y, extensivamente, a las personas allí identificadas de toda acción, reclamo, denuncia, etc. que se vincule con "El Siniestro", permite afirmar como conclusión que la voluntad de las partes fue la de poner término a la controversia suscitada con ocasión del fallecimiento de la hija de los recurrentes, mediante el reconocimiento de un monto indemnizatorio, pero solo con respecto a las personas jurídicas y naturales expresamente mencionadas en dicha transacción, y no de todos los que fueron demandados en el presente proceso de Indemnización. Siendo así, correspondía la aplicación al caso del artículo 1189 del Código Civil y no del artículo 1188 del mismo cuerpo normativo, como indebidamente se determinó en la sentencia de vista».[806]

En esa misma línea, la Casación n.° 695-2018-Lambayeque, de fecha 14 de marzo de 2019, que establece, «*Cuarto.* Que, en el presente caso, se cuestiona el alcance de la transacción celebrada el cinco de enero de dos mil trece entre Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán —propietarios del vehículo conducido por el condenado Ronald Anderson Gamarra Salguero— y la madre de la occisa Bertha Farro Uceda, doña Felícita Uceda Custodio, por la suma de veinticinco mil. Es decir, si la transacción abarcó la totalidad de la obligación o se limitó a la parte de uno solo de los deudores, pues en uno u otro caso los efectos jurídicos

805 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 894. [Texto correspondiente a la tercera edición]
806 Loc. cit.

son distintos, atento a lo dispuesto en los artículos 1188, primer párrafo, y 1189 del Código Civil. Cabe aclarar que la hija de doña Felícita Uceda Custodio intervino en su representación, no por derecho propio; luego, la objeción formulada en este punto no es de recibo. Además, conforme al artículo 94, numeral 2, del Código Procesal Penal, la condición de agraviado se establece en función al orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil; y, la madre —sin prueba que la víctima tenía descendencia—, es la que legalmente tiene la titularidad respectiva (orden sucesorio en segundo grado). La transacción, como regla, solo alcanza a las personas que han suscripto el acuerdo. No perjudica ni aprovecha a los otros que no participaron en él, para quienes constituye *res inter alios acta*, es decir, configura un convenio entre terceros que no los afecta, salvo la regla excepcional de obligaciones solidarias en la medida en que la transacción comprenda la totalidad de la obligación. Según el acta de transacción examinada, las partes se identificaron como tales en el presente proceso penal, los titulares del automóvil que conducía Gamarra Salguero reconocieron la responsabilidad que les asistía en los hechos, y, a partir del tal reconocimiento, aceptaron pagar a la deudora (madre de la occisa) la suma de veinticinco mil soles. No comprendieron a las demás partes procesales —intervinientes en el delito y a los otros terceros civilmente responsables—, para lo cual se requería una incorporación expresa y un ulterior juicio de razonabilidad del mismo por la autoridad judicial para determinar la corrección del monto fijado desde los intereses legítimos del conjunto de las partes procesales. Siendo así, es de entender, entonces, que se trató del supuesto reglado por el artículo 1189 del Código Civil —la transacción se limitó exclusivamente a los dos deudores solidarios: Nicanor Jayo Julca y Rosa Bertha Reque Mechán—, por lo que "...los otros [deudores solidarios] no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte". En la fijación de la reparación civil debe determinarse, entonces, el monto correspondiente, con exclusión de la suma materia de transacción —así como de la cantidad abonada por la Compañía Seguros La Positiva Seguros—».[807]

» Si estuviésemos ante una condonación entre uno de los codeudores y el acreedor común, esto equivaldría a que el acreedor perdonase (con el asentimiento del deudor) la parte de la deuda de este último con aquél; pero dicho perdón no se extiende a las porciones correspondientes a los otros dos codeudores, razón por la cual, si se perdonase el pago de los veinte mil soles correspondientes al codeudor que negoció con el acreedor, los otros dos codeudores ya no deberán los sesenta mil soles originarios, sino el monto resultante de la resta de esos sesenta mil soles de los veinte mil soles condonados, vale decir cuarenta mil soles, tal como ocurre en los supuestos anteriores.

807 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 368. Consultado en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8dae300049418d5f8c3ddcbf57d8ec47/SPP-RC-695-2018-LAMBAYEQUE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8dae300049418d5f8c3ddcbf57d8ec47 [Texto correspondiente a la tercera edición]

A entender de Raymundo M. Salvat[808], en el caso de remisión hecha por el acreedor a uno de los deudores, sea ésta de la deuda, sea sólo de la solidaridad, hay, desde luego, un punto que no puede dar lugar a dificultades: que los otros deudores solidarios, extraños al acto de remisión, nunca pueden estar obligados a cargar con ella, pues para ellos la remisión parcial es *res inter alios acta*, y, por consiguiente, no puede agravar su situación ni serle opuesta; en tanto que refiriéndose al supuesto en que la liberación del acreedor respecto de uno de los codeudores recaiga únicamente sobre la solidaridad, se inclina a favor de la doctrina que impone al deudor dispensado de solidaridad, la obligación de contribuir con una parte proporcional.

Anota Giorgi[809] que, a pesar de que los escritores, en su mayoría, no se ocupan del supuesto en el cual el acreedor celebre una transacción parcial, es decir, restringida a la parte del deudor con el que transige, se manifiesta contrario a esta hipótesis, ya que considera que en este caso la transacción, dado que sea beneficiosa al deudor que transige, sólo podrá invocarse por sus codeudores en la parte del deudor que ha transigido, y considera que el acreedor deberá, dirigiéndose contra los demás, deducir la parte del deudor con el que celebró la transacción, ya que si no hiciere esto perdería el deudor lo conseguido por la transacción, desde el momento en que los otros codeudores recurrirían contra él.

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1189, contempla el supuesto a que alude Giorgi, resolviendo el tema afirmativamente. De este modo, si se tratase de una transacción entre uno de los codeudores y el acreedor común, sobre la porción de la deuda de aquél, ocurrirá lo mismo que en los tres ejemplos anteriores, vale decir, que el deudor que negoció solamente deberá el resultado de su transacción con el acreedor, mientras que los otros codeudores deberán solidariamente cuarenta mil soles.

Adicionalmente, podría decirse que el deudor que practicó los actos a que se refiere el artículo 1189 quedaría obligado por la eventual insolvencia de alguno de sus codeudores.

Por lo demás, nada se opone a que simultánea o sucesivamente se practiquen, respecto a una relación obligacional, la novación, la compensación, la condonación y la transacción.

Si un codeudor ejecuta alguno de los actos previstos por el primer párrafo del artículo 1188, a los que se refiere el artículo 1189, por una prestación diminuta en relación a la que le corresponde dentro de las relaciones internas con sus codeudores, tales actos liberarán a ese codeudor tan sólo por la prestación diminuta a cumplir, pero continuará como obligado solidario respecto al saldo del íntegro de

808 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 129 y 130.

809 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 155.

la prestación. Si alguno de sus codeudores es insolvente, se aplicarán las reglas del artículo 1204.

Si el codeudor negocia sobre más de su parte, pero por menos del total, en este caso —lo entendemos así— se aplicará respecto de la parte del codeudor que negoció lo previsto por el artículo 1189, mientras que por el exceso será de aplicación —*mutatis mutandis*— lo previsto por el artículo 1188 del Código Civil.

Y si los actos previstos por el artículo 1189 se efectuasen por dos o más codeudores, quedando otros codeudores obligados, todos estos codeudores quedarán obligados por el saldo, pero las relaciones internas entre los codeudores se regularán de acuerdo con sus porcentajes en la obligación. Si alguno es insolvente se aplicará, sin duda, lo dispuesto por el artículo 1204.

Para concluir, debemos señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, la norma del artículo 1189 debería ser inaplicable por la naturaleza de la indivisibilidad, no obstante lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, en el sentido de que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplican las reglas de la solidaridad. Entendemos este principio como regla, pero tiene excepciones, las que se derivan de la naturaleza propia de la indivisibilidad. Por otra parte, si la obligación fuese divisible y solidaria sería de aplicación, desde luego, el artículo 1189.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción total o parcial de la solidaridad entre el deudor y uno de los acreedores

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1190

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

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

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordó el tema en sus artículos 160: «La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores»; 172: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.— El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»;

EDUARDO CASTILLO PEREZ

y 176: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en sus artículos 163: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.— El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación»; y 167: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hizo en sus artículos 1206: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»; y 1209: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936 lo hacía en los artículos 1216: «La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación solidaria. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»; y 1219: «La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el tema en varias normas, los artículos 60: «La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último.— Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero»; 61: «La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.— Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero»;

62: «La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.— Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero.— Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.— A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste»; y 63: «La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.— Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores si éstos no declaran querer aprovecharse de ella»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 69: «Cuando los actos a que se refiere el artículo 67 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.— Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en su artículo 1211: «Cuando los actos a que se refiere el artículo 1209 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.— Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hizo en el artículo 1158: «Cuando los actos a que se refiere el artículo 1156 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.— Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte».

2. Análisis

A diferencia de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil —referidos a la solidaridad pasiva—, el artículo 1190 regula los casos de solidaridad activa. El primer párrafo de esta norma prevé el supuesto en el cual los actos de novación, compensación, condonación o transacción se realicen entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, sobre la totalidad de la obligación.

ESTUDIO ALBERTO ELMORE QUIEROLO

La solución que plantea el artículo 1190 del Código, en su primer párrafo, es que la obligación se extingue respecto de los demás coacreedores (aquellos que no participaron en dichos actos con el deudor común), a diferencia de la solución prevista para los casos de indivisibilidad, regidos por el artículo 1179.

El precepto dispone, asimismo, que el acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Con relación a la novación, dice De Gásperi[810] que en este punto también se apartó el moderno Derecho Civil francés de los principios romanos, lo que se explica por la pluralidad de vínculos y la idea de representación en la solidaridad preconizada por los redactores del Código francés, sus exégetas y grandes comentadores, para quienes, especie de dación en pago la novación, una de cuyas consecuencias es la pérdida de las seguridades que garantizaban la obligación primitiva, no puede ella extinguir sino la parte del acreedor que la hizo. Pero recuerda De Gásperi que Aubry y Rau, apartándose, a su vez, de esta doctrina, enseñan que si la novación consentida por uno de los acreedores solidarios fuese provechosa para los otros, pueden éstos invocarla; doctrina que, admitida por Rodiére, Giorgi y Larombière es, empero, combatida por Demolombe, Barde y otros, los cuales, fundados en el principio según el cual las convenciones no producen efecto sino entre sus otorgantes, juzgan la novación, consentida por uno de los acreedores solidarios con el deudor, como *res inter alios acta* respecto de los otros, agregando, además, el argumento francés de la limitación del mandato recíproco que los acreedores se confieren en la solidaridad.

El Código Civil peruano de 1984 se adhiere a los principios sostenidos por Aubry y Rau.

Supongamos, a manera de ejemplo, que un deudor se hubiera obligado frente a tres coacreedores solidarios a la entrega de sesenta mil soles; que uno de los acreedores hubiese novado la totalidad de la obligación, acordando con el deudor común que ya no se entregarán los sesenta mil soles pactados originariamente, sino un automóvil Mercedes Benz, usado, cuyo valor es de 75,000 soles. En este caso, el acreedor que novó responderá frente a los otros dos acreedores solidarios de la parte que les correspondía en la obligación original. Esto equivale a decir que cada uno de los dos acreedores deberá recibir veinte mil soles de quien novó.

Si uno de los coacreedores hubiese compensado la totalidad de la obligación con el deudor común, dicho acreedor deberá restituir a cada uno de los otros dos coacreedores, en el mismo ejemplo propuesto, la suma de veinte mil soles, pues esta cantidad era aquella que inicialmente se pactó.

810 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 86 y 87.

Si el acto celebrado entre uno de los coacreedores y el deudor común fuese una condonación sobre la totalidad de la deuda, resulta evidente que ella no deberá perjudicar, en manera alguna, a los coacreedores que no negociaron y celebraron dicho pacto, razón por la cual el acreedor que condonó la obligación al deudor común deberá a cada uno de sus coacreedores la cantidad de veinte mil soles, monto del cual eran acreedores en la obligación originaria.

Si uno de los coacreedores y el deudor común, en fin, transigieran sobre la totalidad de la deuda, el acreedor que transigió cobrará al deudor común lo resultante de dicha transacción, pero deberá a sus otros dos coacreedores la cantidad originaria, aunque sea dudosa o litigiosa, al igual que en los tres casos anteriores.

La solución del Código Civil coincide con la opinión de León Barandiarán[811], cuando expresa lo siguiente:

> Y es que, como regla de obvia justificación, cualquier convenio entre el acreedor y uno de los deudores solidarios no puede perjudicar a los otros, agravando, aumentando sus responsabilidades (en tal sentido el artículo 165 del Código de las Obligaciones suizo); como tampoco en caso de solidaridad por concurrencia de acreedores sería admisible convenio alguno de los coparticipantes *credendi* con el deudor común, que disminuyese o perjudicase en alguna forma los derechos de los otros acreedores.

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

En este caso, el acreedor deberá responder frente a sus otros coacreedores en cuanto a las partes o valores que les correspondía recibir a cada uno de ellos. Si bien uno de los coacreedores puede cobrar el íntegro, esta situación no significa que sólo a él le pertenezca o corresponda el íntegro de la prestación cobrada. Ello podrá ser así si la obligación se constituyó en su exclusivo interés, pero podrá no serlo, caso en el cual deberá restituir a cada uno de sus coacreedores las partes o porciones que les correspondan.

Además, conviene mencionar que la solución dada al tema de la extinción total de la deuda es distinta en el caso de las obligaciones indivisibles (artículo 1176) y en el caso de las obligaciones solidarias (artículo 1190). En el primer supuesto el deudor puede exigir, para cumplir con los otros acreedores de prestación indivisible, que éstos reembolsen o le garanticen el reembolso de la parte de la prestación objeto de los actos previstos por el precepto, salvo que todos los coacreedores, conjuntamente, reciban el pago. En el segundo, no se exige tal requisito. Ello obedece, desde luego, a las distintas consecuencias jurídicas respecto del pago entre las obligaciones indivisibles y solidarias. Las prestaciones indivisibles o son

811 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 164.

cobradas por todos los acreedores o son cobradas por alguno, pero garantizando el pago de su parte a los demás. En las obligaciones solidarias cualquiera de los acreedores puede cobrar el íntegro, sin restricción alguna.

Debemos expresar, además, que si la obligación fuese indivisible y mancomunada, regiría el artículo 1179, por ser de aplicación a las obligaciones indivisibles; si fuese divisible y solidaria, no sería de aplicación el artículo 1179, ya que sólo está referido a la indivisibilidad, sino el artículo 1190, primer párrafo, sobre solidaridad; y si fuera indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1190, por ser norma propia de la solidaridad, y, además, por la remisión del segundo párrafo del artículo 1181.

El segundo párrafo del artículo 1190 del Código Civil peruano se refiere a un supuesto similar al del primer párrafo del mismo artículo, pero para el evento de que dichos actos se realicen no sobre la totalidad de la acreencia, sino solamente sobre la parte correspondiente al coacreedor solidario. Esto trae como consecuencia que la obligación se extinga únicamente respecto a la parte del acreedor que celebró dicho acto. El deudor seguirá obligado frente a los otros coacreedores a pagarles solidariamente la cantidad de cuarenta mil soles —dentro del ejemplo consignado al referirnos al primer párrafo del precepto—.

Si luego el deudor común deviene en insolvente, el coacreedor que practicó los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1190 tendría que restituir a sus coacreedores la porción respectiva de lo recibido. Consideramos que esta solución sería evidente, ya que de optarse por el camino contrario se abrirían las puertas a eventuales fraudes. Por lo demás, aquí se aplicaría, sin duda, lo previsto por el artículo 1204 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.
>
> Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Para concluir con este punto, debemos señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, no debería aplicarse el artículo 1190, dada la naturaleza de la indivisibilidad, no obstante lo señalado por el segundo párrafo del artículo 1181. Y si fuese divisible y solidaria, sí sería de aplicación el artículo 1190, dada la naturaleza de la divisibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción parcial de la solidaridad por consolidación

Artículo 1191.- La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1191

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en su artículo 803: «Cuando uno de los deudores llega a ser heredero único del acreedor, o el acreedor de uno de los deudores, la confusión no extingue el crédito mancomunal, sino en la parte o porción del deudor, o del acreedor heredero»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1294: «Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la mancomunidad respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2978: «Si se consolida la calidad del acreedor de un codeudor solidario, no quedan libres los demás, sino en la parte que habría correspondido a dicho codeudor.— Si se consolida la calidad de deudor en un acreedor solidario, los demás conservan su derecho para exigir de aquél la parte que les corresponda en la deuda»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, en el artículo 171: «Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 162: «Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1205: «Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1215: «Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión

IBERO AMERICANO GUILLERMO FRERE

no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor».

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

2. Análisis

El artículo 1191 del Código Civil de 1984 regula la consolidación en las obligaciones solidarias.

Esta norma contempla, a su vez, los supuestos de solidaridad activa y solidaridad pasiva.

Respecto de la solidaridad activa, se establece que la consolidación operada entre uno de los acreedores y el deudor común solamente extingue la obligación en la parte correspondiente a dicho acreedor. En relación con la solidaridad pasiva ocurre algo similar, pero a la inversa, puesto que la consolidación operada entre uno de los deudores y el acreedor común sólo extinguirá la obligación de dicho deudor, pero no las de los demás, frente a los cuales dicho exdeudor se convertirá en el nuevo acreedor; a diferencia del caso anterior, en que el exacreedor se convertirá en deudor de los otros coacreedores.

León Barandiarán[812] cita al jurista argentino Juan Antonio Bibiloni, cuando señala lo siguiente: «La unión en la misma persona del crédito y la deuda solidaria, produce una verdadera extinción de ellas por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor es, por ejemplo, heredero de uno de los deudores solidarios, no es heredero solamente en la parte de éste en la deuda, es heredero en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades coextensas (*sic*). Debe todo y es acreedor de todo. Establecer como lo hace el Código francés y lo repite nuestro artículo 866 (se refiere Bibiloni al Código Civil de su

812 *Ibidem*, pp. 150 y 151.

país), que sólo hay extinción por la parte que se tiene según las relaciones internas entre codeudores, es confundir dos cosas perfectamente distintas. La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en la que no existen partes. Se da al acreedor o a cada uno de los acreedores una ventaja: la de que cada obligado debe el todo. Por qué se ha comprometido a ello, es asunto ajeno a la relación creditoria (*sic*). Son negocios que ni se comunican al acreedor, ni le afectan aunque los conozca. Por eso, exigió la prestación de uno por todos, y de todos por uno. A su vez, el deudor frente a sus codeudores, tiene otra clase de relaciones [...] El deudor tendrá o no, en virtud de esa situación, una acción de regreso. El acreedor, un reclamo por todo o parte de lo que su acreedor percibió, o dejó de percibir, o no tendrá ninguno. Esa faz interna se rige por las reglas de la relación que la engendra. No tienen nada que ver con la solidaridad. Si es así, la confusión debe producir su efecto sobre la obligación y debe producirlo sobre las relaciones interiores. La superposición del crédito y la deuda decidirán la extensión de la anulación recíproca. ¿Es por el todo? Por el todo; es la extinción, y en la solidaridad no hay crédito ni deuda, sino por el todo [...] La confusión extingue, pues, toda la solidaridad, si es permitido expresarse así; sólo deja subsistente la acción de regreso, amparada por la subrogación en los derechos del acreedor, que es lo que cabalmente produce la unión de esa calidad con la del deudor».

Como señalaba Pothier[813], cuando uno de los deudores solidarios se ha convertido en único heredero del acreedor, la deuda no por esto queda extinguida para los otros deudores, pues la confusión *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem*. Mas ese deudor, convertido en heredero del acreedor, no puede exigirla de los otros deudores sino con deducción de la parte a que venía obligado *vis* a *vis* de ellos; y si hay algún insolvente, debe, además, llevar la carga de la parte que le toque en la porción del insolvente; se da lo mismo en el caso inverso, esto es, cuando el acreedor se ha convertido en único heredero de uno de los deudores solidarios.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación solamente el artículo 1191 del Código Civil peruano, en virtud de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181; si fuese divisible y solidaria no sería de aplicación el artículo 1178, ya que sólo está referido a la indivisibilidad, pero sí el artículo 1191 relativo a la solidaridad; y si fuese indivisible y mancomunada se aplicaría, desde luego, el artículo 1178, referente a la indivisibilidad.

813 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 228.

Excepciones pasibles de ser opuestas

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1192

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

En cambio, sí regula el tema el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 en su artículo 802: «El coobligado *in solidum*, demandado por el acreedor, puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le sean personales, así como las que sean comunes a todos los coobligados; mas no puede oponer las que sean puramente personales a algunos de los otros coobligados».

El Código Civil de 1852 no trata sobre el particular.

El Proyecto de Código Civil de 1890 aborda el tema en su artículo 1557: «Cada deudor tiene derecho para oponer a la acción del acreedor las excepciones que son comunes a todos los codeudores personales, pero no las personales de los demás deudores solidarios»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 175: «El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fueren personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones no aprovecharán a los otros codeudores»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 166: «El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fueren personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones, no aprovecharán a los otros codeudores»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1208: «El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones, no aprovecharán a los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1218: «El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de

EDUARDO LEDRO CASTILLO FREYRE

comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en ellas, no aprovecharán a los otros codeudores».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trata el tema en su artículo 57: «Ninguno de los deudores solidarios puede oponer al acreedor las excepciones personales correspondientes a los otros deudores.— A ninguno de los acreedores solidarios puede el deudor oponer las excepciones que correspondan personalmente a los otros acreedores»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 71: «A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1213: «A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1160: «A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores».

2. Análisis

En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etcétera. Las segundas, o sea, las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos.

Ferrero[814] señala que la excepción entraña uno de los más difíciles conceptos procesales, razón por la cual su definición está reducida al campo de la doctrina. Muchos convienen en que la excepción tiene un doble contenido: sustancial y procesal. Sustancial cuando se refiere a asuntos de Derecho material; y procesal en cuanto se refiere al Derecho adjetivo o Derecho formal.

814 Ferrero Costa, Augusto. *Derecho Procesal Civil. Excepciones*. 3.ª edición. Lima: Ausonia, 1998, p. 60.

Ahora bien, cabe señalar que las excepciones comunes, también llamadas reales, son aquellas que pueden ser invocadas y opuestas al acreedor por todos los codeudores solidarios. Así, tendrían esta condición las causas de nulidad que afectan la obligación respecto a todos. Giorgi[815] habla de estas excepciones como propias de las obligaciones contractuales, por los vicios que afectan al objeto de la obligación, es decir, no sólo por la lesión en todos los casos en que constituya un medio utilizable por alguno de los contratantes.

A su turno, las excepciones personales, derivadas de la pluralidad de vínculos, son aquéllas que pertenecen a uno o algunos de los codeudores solidarios, pero no a todos. Entran en esta segunda categoría, por ejemplo, las causas de nulidad que sólo existen con relación a uno o algunos de los deudores solidarios: si ha habido error, dolo o violencia respecto a uno de los codeudores, pero no con relación a los otros, o la incapacidad de alguno de los codeudores. En esta clase de excepciones comprende Giorgi[816] a los *que, él denomina, como* vicios de la causa y del consentimiento.

Finalmente, Giorgi señala que puramente personales del deudor que goce de ellas, y no comunes a los demás codeudores, ni aun a la parte a cargo del primero, son también las excepciones fundadas en la condición o el plazo, cuando una u otro se estipularon en beneficio de un deudor solidario al principio de la obligación.

Ahora bien, debe señalarse que el artículo 1192 del Código Civil tiene como función especificar cuál es el régimen de las excepciones respecto del tema de la solidaridad.

El sentido del Código en materia de excepciones es que sólo podrán ser interpuestas a cada uno de los codeudores o coacreedores solidarios aquéllas que les son personales, entendidas como las que les afectan directamente, y no respecto de sus demás codeudores o coacreedores. Dentro de este mismo razonamiento, le podrán ser interpuestas aquellas excepciones que lo afecten tanto a él como a sus otros codeudores o coacreedores, denominadas excepciones comunes.

Al respecto, consideramos de utilidad citar algunos ejemplos que ilustren el supuesto del artículo 1192.

Si uno de los codeudores aduce que el acto jurídico es nulo respecto de él, porque lo celebró siendo un incapaz absoluto, la nulidad no alcanzaría necesariamente a los demás, salvo que dada la naturaleza del acto no resultasen aplicables los principios de nulidad parcial establecidos por el artículo 223 del Código Civil[817].

815 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 145 y ss.

816 *Idem.*

817 Artículo 223.- En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si adujera que es anulable respecto de él, por algún vicio de la voluntad, tampoco alcanzaría —necesariamente— a los otros. En cambio, si el codeudor adujese que el acto jurídico celebrado es nulo por defecto de forma, ello sería común y, por lo tanto, alcanzaría a todos; y si el juez lo declarara nulo, tal situación trascendería a los demás codeudores, conforme lo establece el artículo 1193.

Los mismos ejemplos mencionados podrían servir para ilustrar el caso de la pluralidad de acreedores.

El problema se presentaría si el deudor tiene éxito en su excepción personal. Evidentemente, los demás codeudores solidarios seguirían siendo deudores por el íntegro, pero cabría formularnos la interrogante de si tendrían o no alguna acción contra el liberado, dentro de lo que se denomina «las relaciones internas entre los codeudores». Y el mismo supuesto, pero a la inversa, podría ocurrir entre los coacreedores.

Por nuestra parte, consideramos que en caso de que un codeudor se libere por oponer una excepción que le es personal, habría que distinguir si estamos en presencia de una obligación divisible o ante una de carácter indivisible. Si estuviésemos en presencia de una obligación divisible, el resto seguiría debiendo el total, pero con deducción de la parte correspondiente a dicho codeudor liberado. En caso de tratarse de una obligación indivisible, tendríamos, a su vez, dos posibilidades. La primera consistiría en que los restantes codeudores, no liberados, siguieran debiendo el íntegro de la prestación original. Se consideraría que cualquier solución que pase por otorgar alguna acción a los codeudores no liberados contra el que se liberó oponiendo una excepción personal sería injusta respecto de este último, por la sencilla razón de que la ley lo facultó —dado el vicio de origen existente— para liberarse de la obligación y así lo hizo. Cabe precisar que, si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, los codeudores restantes deberían cumplir con el pago del íntegro de la contraprestación. La segunda posibilidad —aquélla en la que nosotros creemos— pasa porque el codeudor que opuso la excepción personal queda liberado, mientras que al otro u otros sólo se les puede reclamar el valor del saldo. Pero como se trata de una prestación indivisible, el acreedor que quisiera cobrarles el íntegro, debería restituirles (en dinero) la porción del liberado por el vicio.

Por último, diremos que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema, ya que regiría el artículo 1192, aplicable a los casos de solidaridad e indivisibilidad. Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicarían los principios de la solidaridad previstos por el artículo 1192.

EDUARDO MARIO CESARO TIRRE

Efectos de la sentencia

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1193

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 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 de Jorge Vega García del año 1973 trata sobre el particular en su artículo 65: «La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no tiene efecto contra los otros deudores o contra los otros acreedores.— Los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se funde sobre razones personales del codeudor; los otros acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos».

Posteriormente, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, regula el particular en el artículo 72: «La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.— Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en razones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1214: «La sentencia pronunciada en el juicio seguido

ERNESTO MARCIAL CASTILLO FREYRE

entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.— Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en razones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trataba el tema en su artículo 1161: «La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.— Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos».

2. Análisis

Resulta pertinente indicar que, aunque los límites de las resoluciones son desarrollados respecto de la noción de cosa juzgada, lo cierto es que dichos conceptos pueden hacerse extensivos —como de hecho lo hace la doctrina mayoritaria— a todas las resoluciones judiciales.

Ana María Arrarte Arisnabarreta[818] señala que el tema del límite de la cosa juzgada —que, reiteramos, puede hacerse extensivo a los límites de toda resolución firme— está vinculado a los alcances que debe tener lo resuelto de manera definitiva en un determinado proceso, es decir, a quiénes pueden alcanzar los efectos de la resolución y qué parte de ésta tendrá carácter vinculante y obligatorio.

Así las cosas, se distinguen dos límites en las resoluciones, uno subjetivo y otro objetivo. Para el caso analizado, nos interesa el primero de ellos.

A efectos de entender la noción de límite subjetivo, debemos señalar que una resolución produce dos grupos de efectos. Los efectos directos, que se refieren a la contienda y que se limitan a las partes, por ser éstas elementos de aquélla; y los efectos reflejos, que se producen frente a cualquier titular —parte o tercero— de una relación jurídica en determinada conexión (de prejudicialidad o de concurrencia) con la vencida en juicio. Lo normal es que estos efectos reflejos se produzcan frente a cualquiera —*erga omnes*— y lo excepcional es que se limiten a las partes del juicio[819].

818 Arrarte Arisnabarreta, Ana María. «Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano». En *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, pp. 487 y 488.

819 Arlas, José. Citado por Hinostroza Mínguez, Alberto en *La nulidad procesal en el proceso civil*. 2.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 202 y 203.

Desde esta perspectiva, los límites subjetivos se pueden apreciar de dos maneras:

a. Un «efecto reflejo», *erga omnes,* por el cual las decisiones dictadas en los procesos judiciales deben ser reconocidas por todos como decisiones dictadas en el proceso seguido entre las partes; es decir, todos están obligados a reconocer lo juzgado entre las partes, aunque no sean perjudicados por ello.

b. Un «efecto directo», que alcanza a quienes deben soportar sus efectos jurídicos. Éstos serán no sólo los participantes en el proceso, sino también aquéllos que estuvieron en aptitud de participar y hacer uso de su derecho de defensa por haber sido emplazados con la demanda; o quienes hayan sido instados a participar en el proceso a través, por ejemplo, de la denuncia civil o del aseguramiento de pretensión futura.

Como consecuencia de lo expuesto se puede afirmar que la concepción de los alcances subjetivos de una resolución en un proceso, al menos civil, ya no sólo recae sobre las partes, sino también sobre aquellos que hayan sido notificados con la demanda por tener un vínculo con la pretensión, así como sobre todos los que deban reconocer la autoridad de la resolución, claro está, basada en un debido proceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar que el límite subjetivo de la resolución implica que exista identidad entre las partes y los sujetos que se vean afectados por ella, de manera tal que, en principio, una resolución no debería alcanzar a terceros. Esta regla, como hemos adelantado, admite excepciones, pues se acepta la afectación de los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o de cuyos derechos dependen los de las partes, siempre que hayan sido citados con la demanda[820].

En esta línea de pensamiento, el artículo 123 del Código Procesal Civil peruano regula la cosa juzgada, estableciendo lo siguiente:

820 El profesor Juan Montero Aroca señala que el principio general es que la cosa juzgada se limite a las partes del proceso; la sentencia dictada en un proceso entre dos personas, no perjudica ni beneficia a las demás, que no pueden verse afectadas por la cosa juzgada; sólo excepcionalmente puede extenderse a quienes no han sido parte (citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Op. cit.*, p. 488).
Ana María Arrarte agrega que ya desde Giuseppe Chiovenda se advertía que esta concepción cerrada no era determinante, porque la cosa juzgada como resultado de la definición de una relación procesal es obligatoria para los sujetos de esta obligación; y, sin embargo, a veces tiene alguna excepción. Por tanto, no conviene sentar como principio general que la sentencia cause estado sólo entre las partes; al contrario, es necesario asegurar que la sentencia no puede perjudicar a otros que han sido extraños al pleito. (*Ibidem*, pp. 489 y 498).

> Artículo 123.- *Cosa juzgada* [...]
>
> La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven su derecho. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes si hubieran sido citados con la demanda [...].

En general, entonces, el problema de los límites subjetivos de una resolución consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia.

El punto de partida en esta materia reside en que, por principio, los efectos de una resolución alcanzan tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido parte en el juicio anterior y, en consecuencia, no han tenido oportunidad de ejercer el derecho de contradicción que forma parte del debido proceso, no son afectados por ella, y pueden proclamarse ajenos a la misma, aduciendo que *res inter alios judicata alliis neque prodesse neque nocere potest*. No obstante, a medida que se desciende del principio hacia las situaciones particulares, se observa que las conclusiones van perdiendo nitidez.

El tema de los efectos de la sentencia en las obligaciones solidarias se encuentra regulado en el artículo 1193. Para entender lo prescrito en esta norma, resultan ilustrativos los conceptos vertidos por José León Barandiarán[821], con relación a su antecesor inmediato, el Código Civil de 1936:

> El Código (se refiere al de 1936) formula su parecer sobre el efecto de la cosa juzgada (artículo 1218, última parte).
>
> Se sabe cómo sobre el particular han discrepado los autores.
>
> Para unos, la cosa juzgada sólo tiene efecto entre el acreedor y el deudor que fueron partes en el juicio respectivo; para los demás deudores es *res inter alios acta*. Para otros doctos, contrariamente, trasciende tal efecto a los demás deudores. Y para una tercera opinión, hay que distinguir según que la sentencia haya sido favorable o adversa al acreedor. En el primer caso la cosa juzgada es *res inter alios acta* para los demás deudores: un segundo deudor podría oponerse a la exigencia del acreedor, y éste no podría invocar la decisión producida. En el segundo caso hay cosa juzgada: un segundo deudor puede oponerse a la nueva demanda del acreedor, invocando la decisión anterior.
>
> Esta última opinión no es perspicaz, pues el radio de consecuencias de la cosa juzgada no se puede determinar sino por la naturaleza de ella en

821 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, pp. 159 y 160.

relación a la vinculación de los deudores; nunca por el dato circunstancial de los resultados que acarree.

En cuanto a la segunda opinión, su decisión sólo puede explicarse concibiendo la existencia de una representación recíproca entre los deudores. Ahora bien, tal supuesto es arbitrario, está desprestigiado y —como tal— no debe prevalecer.

Queda, pues, en pie el primer sistema, como el más acertado.

Según la última parte del artículo 1218 (del Código Civil de 1936), la cosa juzgada no tiene eficacia para los demás deudores, cuando aquélla concierna a excepciones meramente personales; de lo que se deduce *contrario sensu*, que sí la tiene cuando se trata de excepciones de carácter común.

El principio contenido en el artículo 1193 del Código Civil de 1984 reviste plena justificación, tal como se desprende de los argumentos que la doctrina de nuestra tradición jurídica ha vertido respecto de este tema.

Advertimos que en él se respeta plenamente el principio de la triple identidad de la cosa juzgada, ya que ésta únicamente surte efectos entre las partes que litigaron. No obstante ello, el Código ha considerado lógico precisar que si dicha sentencia versa sobre un aspecto común a los demás codeudores o coacreedores que no litigaron, ésta pueda perjudicarlos o beneficiarlos. La razón es obvia, porque de lo que ha tratado el proceso judicial es, precisamente, sobre un asunto atinente a todos ellos. En el caso más claro del acto nulo por omisión de la forma requerida por la ley, sería evidente que dicho acto declarado como tal no podría ser válido para otro codeudor u otro coacreedor; razón por la cual sería absurdo siquiera imaginar la aplicación de un principio opuesto al contenido en el artículo 1193 del Código nacional.

Por lo demás, si el asunto materia del juicio tuviese exclusiva relación con el codeudor o coacreedor, los efectos de la resolución judicial sólo recaerían respecto a quienes litigaron, ya que no habría razón alguna para extender tales efectos.

Asimismo, es necesario comentar que una diferencia fundamental respecto del cumplimiento en las obligaciones indivisibles y en las solidarias, consiste en que en las primeras el deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación (argumento del segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil), restricción que no existe en el caso de las obligaciones solidarias, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1185, precepto que establece que el deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno.

Conviene agregar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que el artículo 1193 se aplica a ambos supuestos, en virtud de

lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil peruano; y que, si fuese divisible y solidaria, se aplicaría, asimismo, el artículo 1193.

Tras analizar el contenido del artículo 1193, corresponde ahora advertir que luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil peruano de 1993 y, específicamente, del artículo 93 del citado cuerpo normativo, sus alcances podrían ser cuestionados.

El artículo 93 del Código Procesal Civil establece que: «Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario».

Así, tal como ya se mencionó anteriormente, dada la naturaleza de la relación jurídica sustancial, los sujetos que litigan bajo la condición de parte demandante o parte demandada están unidos de modo tal que a todos les afectará el sentido de la resolución a dictarse.

En ese sentido, siguiendo únicamente lo prescrito por el artículo 93 del Código Procesal Civil, los magistrados, argumentando la existencia de un litisconsorcio necesario, tendrían que emplazar a los demás codeudores solidarios del deudor que ha sido demandado o que está demandando a su acreedor común. En ese orden de ideas, de ser el caso, tendría que emplazar a los acreedores solidarios cuando se siga un proceso entre uno de los acreedores y el o los deudores comunes.

Reafirmamos nuestra postura en el sentido de que seguir lo establecido en el artículo 93 del Código Procesal Civil resultaría perjudicial o, si se quiere, ineficiente, en la medida en que ello implica acrecentar los costos de las partes. Tengamos presente que, en muchas ocasiones, la razón por la que un acreedor, pudiendo demandar, por ejemplo, a sus tres codeudores solidarios, únicamente busca demandar a uno, es porque conoce la situación de aquéllos y probablemente sabe que los otros dos son insolventes.

En todo caso, lo cierto es que el beneficio de la solidaridad pasiva es, justamente, que el acreedor puede exigir el cumplimiento total de la obligación a uno solo de sus deudores. No tiene por qué demandar a todos, si esa es su decisión. Igualmente, es característica de la solidaridad activa que el deudor pueda pagar el íntegro de la deuda a cualquiera de sus acreedores solidarios.

Pensamos que, a efectos de que no se desnaturalice la figura de la solidaridad, el artículo 93 del Código Procesal Civil de 1993 debería ser interpretado de manera sistemática con las normas propias de las obligaciones solidarias, de donde se seguiría que el artículo 1193 del Código Civil de 1984 aún se halla en vigencia y constituye una excepción a la regla contenida en el referido artículo 93 del Código Procesal Civil. Sin embargo, lamentablemente en la práctica esto no se entiende así.

USO EXCLUSIVO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución en mora de un codeudor o de un coacreedor solidario

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1194

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema —en cierto modo— en su artículo 801: «La demanda sobre intereses interpuesta contra uno de los deudores *in solidum*, hace correr los intereses contra todos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no registraba precepto alguno sobre el particular.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 abordaba el tema en el artículo 1555: «Por el hecho de entablar demanda de intereses contra un deudor solidario, corren aquellos respecto de todos si se declara fundada la demanda»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 178: «La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos. El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 169: «La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hará correr los intereses respecto de todos.— El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1212: «La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hará correr los intereses respecto de todos.— El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás»; y el Código Civil de 1936, en sus artículos 1221: «La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, los hará obligatorios respecto a todos»; y 1222: «El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba la materia en su artículo 67: «La constitución en mora de uno de los deudores solidarios no tiene efecto

FONDO EDITORIAL PUCP

respecto a los otros, salvo lo dispuesto por el artículo 69.— La constitución en mora del deudor por parte de uno de los acreedores solidarios favorece a los otros»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía a través de su artículo 73: «La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.— La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1215: «La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.— La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1162: «La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.— La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros».

2. Análisis

La mora en las obligaciones solidarias se encuentra regulada por el artículo 1194 del Código Civil peruano.

Dentro del régimen nacional, la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás, en tanto que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Debemos precisar que, al vencimiento del plazo de una deuda sin modalidad alguna, y ante la falta de pago, se deben abonar daños y perjuicios, conforme a lo establecido por el artículo 1336 del Código Civil peruano. Cuando se trate de sumas de dinero, se pagará intereses moratorios. Si éstos no se han pactado, deberá pagarse los intereses compensatorios estipulados y, a falta de ellos, los intereses legales respectivos; y también en esta hipótesis podría verse obligado el deudor a indemnizar el daño ulterior, si se hubiese estipulado y el acreedor demostrara haberlo sufrido (artículos 1242, 1245, 1246 y 1324 del Código Civil).

¿La constitución en mora de uno de los deudores solidarios obligados pura y simplemente haría correr los intereses respecto a los deudores solidarios obligados a plazo o bajo condición?

Es evidente que mientras el plazo no hubiese vencido o la condición no se hubiera cumplido, estos deudores no podrían ser constituidos en mora y, por consiguiente, no estarían obligados a pago alguno de daños y perjuicios o, en su caso, de intereses moratorios.

EDITORIAL RODRIGO CASTILLO POMAR

Sin embargo, dentro del régimen establecido por el artículo 1194 del Código Civil peruano, la constitución en mora de uno de los codeudores o coacreedores no se extiende a los otros, precisión también aplicable a los no interpelados que estén beneficiados por un plazo o condición.

En el supuesto de que el plazo hubiera vencido o la condición se hubiera cumplido, ¿se reputaría que estos deudores solidarios también quedarían constituidos en mora por el requerimiento hecho anteriormente a uno de los obligados pura y simplemente? Sobre este punto hay un criterio mayoritario en la doctrina. La constitución en mora de uno de los deudores puros y simples alcanza a los deudores a plazo o bajo condición, sin necesidad de un nuevo requerimiento. Ésta es la consecuencia lógica de la idea de representación entre los codeudores solidarios, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo que liga a cada uno de ellos con el acreedor. No obstante, esta posición admite discrepancias en la propia doctrina y no ha sido acogida por el artículo 1194 del Código nacional.

El primer párrafo del artículo 1194 del Código Civil peruano contempla un supuesto de solidaridad pasiva o activa, en el cual alguno de los codeudores o coacreedores es constituido en mora por el deudor o acreedor común o por alguno de los codeudores o coacreedores comunes, según fuese el caso.

Aquí la regla es que dicha constitución en mora no afecta a los demás codeudores o coacreedores no constituidos en mora. Esto por elementales razones de justicia. Como señalan Alterini, Ameal y López Cabana[822], el estado de la mora es estrictamente personal, de lo que se sigue que, si uno de los codeudores es interpelado por el acreedor, los efectos de su constitución en mora no se propagan a los demás deudores.

Solución inversa es la consignada por el Código Civil para el caso contemplado en el segundo párrafo del artículo 1194. Esta norma prevé el supuesto de que sea el deudor o acreedor común quien es constituido en mora por alguno de sus coacreedores o codeudores solidarios. En este caso, la constitución en mora de dicho deudor o acreedor no podría perjudicar a ninguna otra persona de su misma condición, ya que sólo él es el único deudor o acreedor. Pero sí ocurre que dicha constitución en mora favorece a los otros codeudores o coacreedores del deudor o acreedor que practicó tal acto. Ello, porque es efecto de la solidaridad el favorecer también a sus codeudores o coacreedores. Además, debe observarse que esta situación, en cierta forma, sería indiferente para el deudor o acreedor común, ya que bastará que uno de los deudores o acreedores lo constituya en mora, para que se produzcan todos los efectos derivados en contra suya, en razón de dicha constitución en mora. Cabe señalar que el Código Civil peruano de 1984 se ha apartado, en este punto, del aspecto estrictamente personal del estado de mora. Estamos de

822 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 203.

acuerdo con la solución adoptada por el Código nacional, pero no por ello dejamos de anotar que su solución no es asumida universalmente.

El Código Civil de 1936, como ha sido señalado en ocasión anterior, contemplaba en su artículo 1221 —norma que representa el antecedente nacional directo del artículo 1194 del Código de 1984— una solución distinta, utilizando —inclusive— una expresión errónea, que se inspiró en el Código Napoleón: «demanda de intereses», y sin prever la mora del acreedor. Sin embargo, en el Código vigente se optó por una solución diferente, porque el dolo o culpa, requisitos de la mora, son personales y no desplazables a los demás codeudores. Si éstos no están en mora, se presume que su contraparte les está prorrogando el plazo y, por tanto, no les cabe responsabilidad alguna.

Creemos, además, que la constitución en mora sólo debe afectar al deudor o acreedor que se encuentre en dicha situación. El lector podría cuestionar nuestra afirmación al pensar que, al ser solidarios, si uno se encuentra en mora, todos deben estar en la misma condición. Pero esto no es necesariamente exacto, ya que podría darse el caso de que, si bien todos ellos sean deudores o acreedores solidarios, hayan asumido la obligación con modalidades diferentes, entre las cuales, incluso, podrían encontrarse el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduce a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

Adicionalmente, podemos afirmar que la solución del artículo 1194 es coherente con el principio del artículo 1195 del propio Código. En el Código Civil de 1936 la solución era incoherente; en el caso de mora se desplazaba la responsabilidad a los demás, pero en el caso de inejecución de la obligación sólo el culpable respondía por daños y perjuicios[823].

Conviene aquí señalar, además, que el principio por el cual la constitución en mora de un codeudor o coacreedor solidario no surte efecto respecto a los demás (es decir, que no los perjudica), a diferencia de aquél en que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros (es decir que los beneficia), es asumido en idéntico sentido por el Código peruano en otros dos preceptos: el artículo 1198, que establece que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás (es decir, que no los perjudica); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás (es decir, que los beneficia). La otra norma que recoge el mismo principio es el artículo 1199, que dispone que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto a los demás

823 Dentro de esta misma línea de pensamiento se pronuncia Manuel Muro Rojo (Muro Rojo, Manuel. «Efectos de la mora en las obligaciones solidarias». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 301 y ss.).

codeudores (es decir, que no los perjudica); en tanto que, si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros (es decir, que los beneficia).

La única regla del Código Civil que se encuentra en aparente contradicción con los artículos 1194, 1198 y 1199 antes aludidos es el artículo 1196, norma que prescribe que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios surten efecto respecto de los demás deudores (es decir, que los perjudica). En el otro extremo del mismo artículo 1196, el Código sí es fiel al principio contenido en los artículos 1194, 1198 y 1199, al establecer que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás coacreedores (es decir, que los beneficia).

Sin embargo, sólo se trata de una falta de concordancia terminológica, mas no de fondo, en la medida en que el precepto en su redacción vigente protege los intereses de los acreedores que no hubieran cobrado, con relación a aquel acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera interrumpido la prescripción. Ello, pues de lo contrario podría presentarse la inequitativa situación por la cual los acreedores respecto de quienes la obligación ya hubiera prescrito, carecerían —precisamente por esa razón— del derecho de reclamar su parte al que cobró el íntegro.

Cabe agregar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno ya que el artículo 1194 será de aplicación a tal supuesto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil. Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicaría el artículo 1194.

Antes de concluir, conviene verificar cómo opera la mora en las obligaciones solidarias e indivisibles y, con tal fin, efectuar una breve síntesis de lo desarrollado, para lo cual resulta apropiado analizar la norma del artículo 1194 por partes.

Primero, revisemos los casos en que hay pluralidad de deudores, y luego los supuestos en que hay pluralidad de acreedores.

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 1194, tenemos que, si el acreedor común constituye en mora a uno de los deudores solidarios, dicho acto surte efecto únicamente respecto de ese deudor y no con relación a los demás deudores. Los efectos de la mora se circunscriben al deudor intimado por el acreedor.

Ilustremos esta primera regla a través de un ejemplo.

Si «D1», «D2» y «D3» se obligan solidariamente a pagar sesenta mil soles a «A» y este último sólo constituye en mora a «D1», ¿qué consecuencias tendría ese acto de constitución en mora respecto de cada deudor?

Es evidente que, siendo la obligación solidaria, «A» podría cobrar los sesenta mil soles a cualquiera de los tres deudores, a los tres conjuntamente o a dos de

TSJ FUNDACIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

ellos, como prefiera. Los deudores se someterían luego a lo previsto en las normas sobre la relación interna.

Por otro lado, en lo que concierne a los efectos de la constitución en mora, es también claro que ésta sólo afectaría a «D1», lo que implica que, por ejemplo, «A» podría no sólo cobrar a «D1» los sesenta mil soles, sino también los intereses moratorios. A «D2» y a «D3», en cambio, no podría cobrarles intereses moratorios.

En ese sentido, podríamos preguntarnos cuál es la razón por la cual las consecuencias negativas de la constitución en mora en contra de uno de los deudores solidarios se circunscriben a él y no se expanden a sus compañeros de deuda.

La respuesta es simple. Los otros deudores no habrían sido intimados y, por ende, sería injusto extenderles los efectos jurídicos de la mora.

El Derecho no puede presumir que, si «A» hubiese intimado a «D2» y «D3», ellos también se hubieran negado a pagar la deuda.

Si, por otro lado, «A» hubiese constituido en mora a más de un codeudor, tendría derecho a cobrar solidariamente los intereses moratorios a todos los codeudores constituidos en mora. Ese derecho, que es tal en razón de la obligación que se genera en los codeudores constituidos en mora, se justifica en que la obligación principal —esto es, el pago de los sesenta mil soles— es solidaria; y, como es sabido, constituye principio del Derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Los intereses moratorios son accesorios del capital y, por consiguiente, todos los codeudores constituidos en mora estarían obligados solidariamente a pagarlos.

Podría suceder, por otra parte, que «A» requiera el pago a «D1», ante lo cual este último responda con una negativa y quede constituido en mora. Frente a esa situación, «A» podría dirigirse contra «D2» y «D3» y exigirles el cumplimiento de la obligación y que ellos sí le paguen. En un escenario como el que acabamos de delinear, sería evidente que «D2» y «D3» no tendrían que pagar intereses moratorios.

A esas consecuencias habría que adicionar una más. «A» tendría derecho a cobrar a «D1» los intereses moratorios devengados a partir del momento en que fue constituido en mora y hasta el momento en que «D2» y «D3» le pagaron la obligación principal. La mora de «D1» termina con el pago de la obligación, sin importar que dicho pago no sea realizado por el deudor que se encuentra en mora.

Otro de los supuestos que podría presentarse sería que «A» intente cobrar a sus tres codeudores, pero ellos no tengan los sesenta mil soles, sino solamente treinta mil. En una hipótesis como la planteada, los codeudores solidarios tendrían que pagar la deuda principal más los intereses moratorios —que en una situación como ésta se deberían solidariamente, pues los tres codeudores se encontrarían constituidos en mora—, intereses que correrían sobre el saldo.

ESTUDIO DARIO CASTAÑO PEÑA

A partir de este ejemplo podemos inferir una importante regla, a saber, que cuando se realiza un pago parcial, los intereses moratorios se contabilizan siempre respecto del saldo impago.

Ahora bien, en los ejemplos que acabamos de citar, para que el deudor sea constituido en mora es necesario que el acreedor le requiera el pago, lo intime. Por supuesto, y conforme lo veremos al estudiar en detalle la figura de la mora, nuestro ordenamiento jurídico admite situaciones excepcionales en las cuales la mora es automática. Tomando en cuenta aquello, conviene resaltar que el tema de la mora automática no constituye materia que pueda ni deba tomarse a la ligera.

La mora automática funciona de manera impecable si el lugar pactado para el pago fuese el domicilio del acreedor, pues en ese caso quien tiene que acercarse a pagar es el deudor. Si el deudor no concurre a pagar a la fecha de vencimiento, se entiende constituido en mora.

Por el contrario, la mora automática no funciona de esa manera si el lugar pactado para el pago fuese el domicilio del deudor[824], ya que ello siempre presupone que el acreedor vaya al domicilio del deudor a cobrar. Si no lo hiciera, no podría considerarse que el deudor fue constituido en mora, por más que el contrato señale que la mora es automática.

Por último, para concluir lo que concierne a la constitución en mora, cuando hay pluralidad de deudores juzgamos importante señalar que si nos referimos —como lo venimos haciendo en nuestros ejemplos— a actos de cobro extrajudiciales, el acreedor no se encuentra forzado a cobrar a todos sus deudores solidarios. De esta forma, en materia de cobro extrajudicial, el acreedor tiene la facultad de cobrar a uno, a dos, o a todos sus deudores solidarios.

En materia procesal, en cambio, tal como lo hemos analizado en su oportunidad, el artículo 93 del Código Procesal Civil le impondría al acreedor el deber de demandar a todos sus deudores solidarios.

Ya en lo referente a la constitución en mora, cuando existe pluralidad de acreedores tenemos que el artículo 1194 del Código Civil sigue la misma lógica que en el caso de la solidaridad pasiva. De esta manera, la norma establece que, si el codeudor común constituye en mora a uno de los acreedores, esa constitución en mora únicamente surte efecto respecto de ese acreedor.

Si «D» ofrece a «A1» pagarle los sesenta mil soles que le debe a él y a sus dos coacreedores solidarios («A2», «A3»), y «A1» se niega a aceptar el pago, los efectos de la constitución en mora que se generan con su negativa no se expanden ni afectan a «A2» ni a «A3». De esta manera, los efectos de los daños y perjuicios

824 A esto hay que agregar que ante la falta de disposición en contrario de las partes se entiende, según lo establecido en nuestro Código Civil, que el lugar de pago es el domicilio del deudor (argumento del artículo 1238 del citado cuerpo legal).

moratorios con respecto a la mora del acreedor sólo se circunscriben al acreedor que fue constituido en mora y, asimismo, la transferencia del riesgo sólo operaría respecto de ese acreedor constituido en mora (argumento del artículo 1340 del Código Civil).

Tengamos presente que el Derecho no presume que, si el ofrecimiento de pago hubiera tenido a «A2» y a «A3» como destinatarios, la respuesta de éstos hubiera sido la misma que la de «A1», de donde se sigue que las consecuencias jurídicas no pueden ser iguales.

Tras lo expuesto, podemos concluir nuestro examen del primer párrafo del artículo 1194, haciendo hincapié en que los efectos nocivos de la constitución en mora con respecto a un codeudor o a un coacreedor, se circunscriben a ese codeudor o a ese coacreedor. No se expanden a los demás compañeros de deuda ni a los demás compañeros de crédito.

Ahora bien, el segundo párrafo de la citada norma prescribe que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios favorece a los otros.

Ello quiere decir que, si uno de los acreedores solidarios intentara cobrar la deuda al deudor y éste no pagara, quedando constituido en mora, todos los acreedores solidarios —y no sólo el que realizó el acto de constitución en mora— se beneficiarían con el pago de los intereses moratorios que tendría que asumir ese deudor.

Aquí el Derecho considera que no hay nadie que se perjudique más; sólo hay uno que está constituido en mora, que es el deudor común, pero los beneficios que acarree esa situación deben ser disfrutados o aprovechados por los demás compañeros de crédito de aquél que lo constituyó en mora.

Ese mismo criterio se sigue en los supuestos en que un deudor constituye en mora al acreedor común. Los efectos de esa constitución en mora se expanden a los demás compañeros de deuda. Claro, en este caso no hay interés moratorio, sino daños y perjuicios moratorios que podrían generarse. Además, la transferencia del riesgo podría beneficiar a todos los deudores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos del incumplimiento culpable de uno o más codeudores solidarios

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

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.

1. Fuentes nacionales del artículo 1195

El artículo 1195 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

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

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

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en su artículo 177: «Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar sólo responderá el culpado»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 168: «Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar sólo responderá el culpado»; el Proyecto de Código

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1210: «Cuando se hiciese imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar, sólo responderá el culpado»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1220: «Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar, sólo responderá el culpado».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en su artículo 66: «Si el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible por causa imputable a uno o varios codeudores, los otros codeudores no quedan liberados de la obligación solidaria de abonar el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento del daño ulterior al codeudor o a cada uno de los codeudores que no han cumplido»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 74: «El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.— El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1216: «El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.— El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1163: «El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.— El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al deudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento».

2. Análisis

El artículo 1195 del Código Civil peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida (a diferencia del supuesto de la indivisibilidad). Esto quiere decir que la integridad de codeudores, incluso aquellos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común.

De acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 1195, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno(s) de los codeudores solidarios, subsiste para todos

la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el culpable o los culpables.

Siguiendo el mismo razonamiento que efectuamos para el caso de la indemnización en las obligaciones indivisibles (artículo 1180 del Código Civil), diremos que la solución para el supuesto de las obligaciones solidarias es distinta. La divisibilidad natural de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, que determina que los codeudores no culpables de la inejecución en la obligación de prestación indivisible respondan frente al acreedor común sólo por su parte proporcional del valor de la prestación, varía en lo que respecta a las obligaciones solidarias. La solidaridad, y en el caso bajo tratamiento, la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación que agrava la situación de los codeudores de ella, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables sólo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida; resultando claro, empero, que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interrupción de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1196

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

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 tenemos como antecedentes a los artículos 793: «Todo acto que interrumpe la prescripción en beneficio de uno de los acreedores, aprovecha a los demás»; y 800: «Los procedimientos contra uno de los deudores *in solidum* interrumpen la prescripción para los demás».

El Código Civil de 1852 trataba el tema en sus artículos 1292: «Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los demás»; y 1299: «El cobro hecho a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en su artículo 1554: «Cualquier acto que interrumpe la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás; y cualquier acto que perjudica a uno de los deudores, perjudica a los otros».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba la materia en el artículo 170: «Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro hecho a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 161: «Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro hecho a uno de los deudores solidarios impide la prescripción respecto de los otros»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1204: «Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1214: «Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de

LUIS MIGUEL CASTILLO FIGARI

los acreedores solidarios aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el tema en el artículo 69: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción.— La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 75: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1217: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1164: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores».

2. Análisis

Respecto a la interrupción de la prescripción, recordamos que ella está prevista por el artículo 1996 del Código Civil peruano. Dicho precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1996.- Se interrumpe la prescripción por:
>
> 1.- Reconocimiento de la obligación.
>
> 2.- Intimación para constituir en mora al deudor.
>
> 3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
>
> 4.- Oponer judicialmente la compensación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La norma transcrita describe los cuatro supuestos que dan lugar a la interrupción del plazo de prescripción (*al que el lenguaje jurídico también suele denominar como prescriptorio, licencia que, generalmente, nos tomamos en esta obra y en otras de nuestra autoría*[825]) que vamos a estudiar seguidamente.

Como señala Fernando Vidal Ramírez[826]: «La interrupción se produce por hechos sobrevinientes al nacimiento de la acción. Consisten en una manifestación de voluntad emanada del prescribiente reconociendo el derecho de aquel contra el cual prescribe o en una manifestación de voluntad del propio titular del derecho. A diferencia de la suspensión, la interrupción destruye la eficacia del tiempo transcurrido e imposibilita el cumplimiento del curso prescriptorio ya iniciado».

Tomando como punto de partida esa idea, revisemos cómo opera la prescripción y los supuestos de interrupción del plazo prescriptorio a partir de un ejemplo.

Si se hubiese establecido como fecha de cumplimiento de una obligación el 10 de octubre del año 2004, ello implicaría que desde ese día la obligación fue exigible y, en consecuencia, que el acreedor, también desde esa fecha, tendría diez años —en la hipótesis de que éste fuera el plazo prescriptorio— para cobrarla. Transcurrido ese lapso sin que el acreedor la intente cobrar, la obligación dejaría de ser civil para convertirse en una natural.

De esta manera, si el acreedor intentara cobrar su acreencia después del 10 de octubre de 2014, el deudor podría deducir la excepción de prescripción.

Sin embargo, y tal como lo hemos podido apreciar de la lectura del artículo 1996 del Código Civil, existen determinadas situaciones que al configurarse determinan que se interrumpa el plazo prescriptorio.

- **Reconocimiento de la obligación**

La primera de esas situaciones es el reconocimiento de la obligación por parte del deudor.

Conforme al artículo 1205 del Código Civil de 1984, existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto *mortis causa*; la segunda, por acto *inter vivos*.

En las obligaciones solidarias, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto y no alcanzan a los demás deudores solidarios. Ello, en razón de que el reconocimiento es un acto voluntario y personal, de donde se sigue que el codeudor que no ha participado de aquél no tiene por qué verse perjudicado.

825 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

826 Vidal Ramírez, Fernando. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 817.

Cuando la solidaridad es activa, el reconocimiento del deudor común beneficia a todos los acreedores solidarios, y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Ello, en tanto el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna sólo se beneficie uno y se perjudiquen los demás.

- **Intimación para constituir en mora al deudor**

En segundo lugar, el artículo 1996 del Código Civil se refiere a la intimación para constituir en mora al deudor.

De este modo, el artículo 1996 prescribe en su inciso 2 que una vez nacido el plazo prescriptorio —es decir, luego de vencido el plazo para pagar esa obligación que no fue cobrada por el acreedor—, si el acreedor requiere el pago al deudor y, en consecuencia, lo constituye en mora, estaría además interrumpiendo ese plazo.

Así las cosas, resulta claro que la intimación genera un doble efecto. Por un lado, constituye en mora al deudor, y, por otro, interrumpe la prescripción.

Para entender mejor cómo opera o funciona la interrupción del plazo prescriptorio, volvamos a nuestro ejemplo.

La obligación debió cumplirse el 10 de octubre de 2004, no obstante lo cual el deudor no realizó el pago correspondiente y el acreedor tampoco se lo exigió. El 10 de octubre de 2005, cuando ya había transcurrido un año desde el inicio del cómputo del plazo prescriptorio, el acreedor dirige al deudor una carta notarial requiriéndole el pago o, lo que es lo mismo, lo intima y lo constituye en mora.

Pero la constitución en mora —como lo hemos indicado— no es el único efecto que produce la intimación, pues ella también interrumpe el plazo prescriptorio, lo que significa, en palabras coloquiales, «que borra el año transcurrido». Así, cuando se interrumpe el plazo prescriptorio, la interrupción tiene por efecto suprimir el plazo prescriptorio que ya había transcurrido y se vuelve a empezar a contar desde cero.

Si el acreedor de nuestro ejemplo constituyó en mora al deudor el 10 de octubre de 2005, la prescripción empezó nuevamente a contabilizarse, de modo que los diez años del plazo prescriptorio ya no se cumplirían el año 2014, sino el año 2015.

- **Citación con la demanda**

En el caso que nos sirve de ilustración, el acreedor podría interrumpir la prescripción si demandara judicialmente al deudor, ya que, como se indica en el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil, la prescripción se interrumpe con la citación con la demanda, o por otro acto por el que se notifica al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

Esta causal no amerita mayor explicación, representando una manifestación clara de la diligencia que quiere incentivar el Derecho respecto al cobro de los derechos u obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aunque la ley no lo dice, la doctrina, la jurisprudencia y, en general, la razón misma, nos informan que mientras haya un proceso en curso no transcurre el plazo prescriptorio; éste queda suspendido.

El proceso podría durar varios años, pero ello no significa que vencido el décimo año el deudor pueda aducir que el plazo prescriptorio ya se cumplió y que la deuda ya no es exigible; ello, simplemente, sería absurdo.

Debemos advertir que en el ordenamiento jurídico peruano todo prescribe, y lo que no prescribe, caduca. Para que algo no prescriba o no caduque, una norma legal debe establecerlo expresamente.

- **Oponer judicialmente la compensación**

El cuarto supuesto previsto por el artículo 1996 del Código Civil peruano es el de oponer judicialmente la compensación.

En la solidaridad pasiva, habiendo más de un deudor obligado solidariamente frente a un acreedor común, podría darse el caso de que uno de los codeudores detente a su vez un crédito contra el acreedor común; en otras palabras, que uno de los codeudores sea acreedor de su acreedor. En este supuesto, el tema de la compensación reviste especial interés, a tal punto que la doctrina hasta la actualidad no se ha puesto de acuerdo sobre los alcances de la solidaridad, es decir, si un deudor solidario tendría derecho a oponer la compensación nacida del crédito de otro codeudor solidario.

Nuestro sistema ha preferido optar por una solución que, sin desvirtuar la naturaleza de la solidaridad, tampoco vulnera el carácter personal y de reciprocidad de las obligaciones entre acreedor y deudor necesario para la compensación. Por ello, establece que la compensación es posible tanto en la solidaridad activa como en la pasiva. Un deudor solidario puede oponer al demandante su propio crédito y así compensar, pudiendo luego repetir contra los demás codeudores.

Sin embargo, nuestro ordenamiento legal no autoriza a un codeudor cualquiera a oponer la compensación de un crédito que otro codeudor detente contra el acreedor común. Si un acreedor se dirige contra uno de los codeudores solidarios, éste está obligado a cumplir con el íntegro de la obligación y luego podrá repetir contra sus codeudores; la forma como cumpla con el objeto de la prestación es irrelevante para los demás. Es, por expresarlo en lenguaje coloquial, asunto de su exclusiva incumbencia.

No se puede obligar a este codeudor a cobrar el crédito que tiene con su acreedor, vía compensación, ya que podría tener razones de diversa índole para preferir mantener su acreencia.

Nuestro Código no admite la compensación legal por el mismo motivo, a saber, la libertad de gestión.

Por último, un codeudor no debe aprovecharse del crédito de otro.

EDMUNDO CASTILLO FREYRE

Caso distinto se presentaría si, luego de conminar el acreedor a un codeudor solidario para el pago, dicho codeudor alegara maliciosamente insolvencia, con el fin de que su acreedor persiga el cobro de la obligación de otro de los codeudores. Si este codeudor malicioso fuera acreedor del acreedor común y sus respectivas obligaciones tuviesen la condición de recíprocas, exigibles y líquidas y correspondieran a objetos fungibles entre sí, entonces creemos que sí debería proceder la imposición de la compensación de su crédito por parte de cualquier otro de los codeudores, ya que su declaración de insolvencia sería dolosa, teniendo los demás codeudores derecho a protegerse contra una posible defraudación.

En cuanto a la solidaridad activa, la solución que nuestro Código Civil vigente (artículo 1190) ha adoptado es que, luego de realizada la compensación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor común, la obligación se extingue respecto de los demás coacreedores. El acreedor que compensó luego responderá ante los demás acreedores de la parte que les corresponda en la obligación original. Así, si un deudor se hubiese obligado a entregar a dos coacreedores solidarios la suma de diez mil soles, y este deudor compensase con uno de ellos la totalidad de la obligación, ese acreedor que compensó deberá restituir cinco mil soles al otro acreedor (suponiendo que la acreencia estuvo pactada en iguales proporciones).

Ahora bien, lo que nos interesa una vez estudiado el contenido del artículo 1996, es determinar cómo funciona la prescripción en materia de obligaciones indivisibles y/o solidarias, lo cual impone analizar desde otra óptica el artículo 1196 que regula tal problemática.

Este artículo está basado, en sus orígenes remotos, en la llamada «teoría de la representación». Consideramos que la razón de ser del precepto, que es casi uniforme en las legislaciones de nuestra tradición jurídica, consiste en dar a la solidaridad un efecto adicional —respecto de la interrupción de la prescripción— al previsto para la mancomunidad. De no consignarse la norma, podrían presentarse las mismas consecuencias sobre el tema tanto en la mancomunidad como en la solidaridad. Sin lugar a dudas, la regla es saludable, responde a la noción de solidaridad y, por lo demás, nunca ha merecido cuestionamiento alguno, salvo las reservas conceptuales que luego formulamos.

En virtud del artículo 1196 se establece que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores. Esto quiere decir, en otros términos, que la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, mientras que la interrupción de la prescripción de uno de los coacreedores frente al deudor común beneficia a los demás coacreedores.

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 1196 abarca tanto los casos de solidaridad pasiva como los de solidaridad activa. Repasemos brevemente cada uno.

En primer lugar, se establece que cuando el acreedor interrumpe la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, esa interrupción también afecta a los demás deudores solidarios.

La razón que justifica esta medida es sencilla de entender, más aún si nos valemos de un ejemplo, o mejor aún, de un contraejemplo.

Vamos a imaginar que un acreedor tiene tres deudores y, además, que la interrupción de la prescripción sólo afectara al deudor al cual se le exige el pago y no a sus codeudores. Los tres deudores debieron haber cumplido con la obligación el 10 de enero de 1994, pero ninguno lo hizo. Pasaron los años sin que el acreedor nada hiciera para cobrar. El 10 de diciembre del año 2003, a un mes de cumplirse el décimo aniversario de la deuda aún no pagada, el acreedor envía una carta notarial a «D1» constituyéndolo en mora y, asimismo, interrumpiendo el plazo prescriptorio.

En un escenario como el que acabamos de delinear, la prescripción únicamente se interrumpiría respecto a «D1» o, en otras palabras, el plazo prescriptorio seguiría transcurriendo respecto a «D2» y «D3». El acreedor tendría diez años para accionar en contra de «D1» conforme al artículo 2001, inciso 1, del Código Civil, es decir, tendría plazo para cobrar hasta el 10 de diciembre de 2013. No obstante, al no haber interrumpido la prescripción respecto de «D2» y «D3», a ellos únicamente podría haberles cobrado hasta el 10 de enero del año 2004.

Siguiendo nuestro contraejemplo, tendríamos que a partir del 11 de enero del año 2004 el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la prestación a «D2» y «D3», pues su obligación habría dejado de ser civil para convertirse en una obligación natural, con lo cual de tres deudores habría pasado a tener sólo uno.

En ese contexto, además de existir la posibilidad de que «D1» sea, por ejemplo, insolvente, podría ocurrir que «D1», siendo solvente, tras recibir la carta notarial y pensarlo por unos días, hubiera optado por cumplir la obligación y, por ende, pagar el 12 de enero de 2004 el íntegro de la obligación al acreedor. Luego de pagar, ¿qué podría hacer «D1»? En estricto, nada podría hacer, pues si quisiera cobrar a cada uno de sus antiguos compañeros de deuda lo que les correspondería en la relación interna, «D2» y «D3» le opondrían la prescripción, con lo cual «D1» tendría que asumir él solo la totalidad de la deuda.

Debido a estas consecuencias es que el legislador de 1984 tuvo el buen criterio de asumir una solución diferente a la que nos ha servido de contraejemplo. El artículo 1196 establece que la prescripción sí se interrumpe para todos los deudores solidarios, aunque el acreedor común únicamente le hubiera exigido el pago a uno de ellos.

De esta manera, lo reiteramos, en todos los casos en los que se configure un supuesto de interrupción de la prescripción respecto de uno solo de los deudores, sus efectos se extienden a sus codeudores. Ésa es la única manera de que quien

paga pueda subrogarse con respecto a los demás y cobrar la parte que les corresponda en la relación interna.

Este principio ha sido también desarrollado por la jurisprudencia, en la Casación n.° 17-2004-Cajamarca, de fecha 20 de abril de 2005, en la que la Corte Suprema señaló lo siguiente, «Interrupción de prescripción surte efectos para el otro demandado. *Cuarto.* Habiendo interrumpido el acreedor el plazo prescriptorio mediante intimación contenida en la carta notarial, la misma surte efectos para el otro demandado por mandato contenido en el artículo 1196 del Código Civil por tratarse de responsables solidarios».[827]

Asimismo, la Casación n.° 3441-2009-Cajamarca, de fecha 6 de mayo de 2010, advirtió error en las instancias inferiores al no haber considerado que cuando se interrumpe la prescripción para un deudor, también se interrumpe para los demás, «*Octavo.*- Que, en el caso de autos la Sala Superior para amparar la excepción se sustenta principalmente en que las partes involucradas en el proceso judicial número noventa y siete – cero, cero, nueve sobre Nulidad de Acto Jurídico y otros, no son las mismas, y que por ello no se ha producido el plazo de interrupción a que se contrae el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil, sin embargo, no ha tenido en cuenta que son causales de interrupción de la prescripción extintiva de la acción, la intimación judicial o extrajudicial, el emplazamiento con la demanda o cualquier otro acto procesal con el que se notifique al deudor para que cumpla con su obligación, verificando que si bien las partes en el aludido proceso judicial no son las mismas, según lo analiza el juez en la resolución de primer grado, ello en modo alguno, puede ser sustento para indicar que no se ha producido la interrupción, toda vez, que sólo correspondía a la Sala evaluar si se presentaba el supuesto normativo señalado por la disposición glosada, tanto más, si aun cuando la hoy demandada no haya sido la única emplazada en el proceso judicial citado, ello igualmente resulta irrelevante si como se tiene dispuesto por el artículo 1196 del Código Civil, los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios surten efecto respecto de los demás deudores, razón por la que efectivamente se configura la infracción normativa procesal denunciada».[828]

El artículo 1196 también contempla esta regla para aquellos casos en los cuales la solidaridad es activa. Así, en la segunda parte de la citada norma se señala que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores.

La interrupción, entonces, beneficia a todos los acreedores solidarios.

827 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 897. [Texto correspondiente a la tercera edición]

828 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 370. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3441-2009-Cajamarca-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Como puede advertirse, esta regla es sencilla de entender en la medida en que sigue la misma lógica que orientó el supuesto de la interrupción de la prescripción en la solidaridad pasiva, esto es, evita que la interrupción beneficie únicamente a uno de los sujetos que conforman una de las partes de la relación obligacional. Así, a fin de evitar que se produzca una injusticia en la relación interna entre los diversos acreedores, la norma establece que la interrupción de la prescripción se extiende a todos los acreedores.

Cabe señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1196 (solidaridad) y el segundo párrafo del artículo 1181 (principios de la solidaridad comunes y aplicables a la indivisibilidad). Lo mismo sucederá cuando ella sea divisible y solidaria, por preceptuarlo así el artículo 1196.

Por último, también es de observar que el artículo 1196 del Código Civil no concuerda en uno de sus extremos con las soluciones legislativas previstas por los artículos 1194, 1198 y 1199 del propio Código, en el sentido de que la constitución en mora, la renuncia a la prescripción y el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no surten efecto respecto de los demás codeudores (es decir, que no los perjudica), ya que en el artículo 1196 se propagan los efectos de la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios respecto de los demás codeudores.

A fin de concordar las soluciones del artículo 1996 con aquéllas previstas por los artículos 1194, 1198 y 1199, en la primera edición del presente tratado propusimos la modificación de la norma, sugiriendo la siguiente redacción:

> Artículo 1196.- Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, no surten efecto respecto a los demás deudores. Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescripción.
>
> Los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores. El acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera interrumpido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.

Hoy, sin embargo, nuestra posición es distinta, por cuanto entendemos que, si bien la norma que esbozábamos tal vez era técnicamente más lograda y uniforme con el articulado del Código Civil, a través de ella se arribaba a similar conclusión que la que se logra con el texto en vigencia.

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1197

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por 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 de Jorge Vega García del año 1973 reguló el tema en el artículo 69: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción.— La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros; hecha frente a uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 76: «La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.— Sin embargo, el deudor constreñido a

pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1218: «La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.— Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trataba sobre el particular en el artículo 1165: «La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.— Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación».

2. Análisis

La suspensión de la prescripción está contemplada por el artículo 1994 del Código Civil, norma que señala los ocho supuestos en que ella ocurre:

> Artículo 1994.- Se suspende la prescripción:
>
> 1.- Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.
>
> 2.- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
>
> 3.- Entre las personas comprendidas en el artículo 326.
>
> 4.- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
>
> 5.- Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
>
> 6.- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
>
> 7.- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
>
> 8.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

La razón de esta norma sobre la suspensión de la prescripción es expuesta por Fernando Vidal Ramírez, ponente del Libro de Prescripción y Caducidad en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Él nos dice[829] lo siguiente:

> El curso de la prescripción, que se inicia con el nacimiento de la acción, puede verse alterado por causas diversas, que se distinguen entre sí y que la doctrina universalmente aceptada las ha considerado como causales de suspensión y de interrupción, presentándose, así, las figuras de la suspensión y de la interrupción.
>
> La norma (el artículo 1994) se refiere a la suspensión del curso prescriptorio, que consiste en el detenimiento del tiempo hábil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de los sujetos de la relación jurídica, y siempre que estén previstas en la ley. Configurada la suspensión, el curso de la prescripción se detiene o paraliza, pero con efectos para el futuro, pues se conserva la eficacia del tiempo transcurrido.

El artículo 1995 declara que, desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el tiempo ya transcurrido. Esto quiere decir que el tiempo anteriormente transcurrido (antes de que se produjese la causal de suspensión) no se elimina, sino se suma al periodo prescriptorio que se reinicia a partir del cese de la causal de suspensión.

Una vez efectuadas estas precisiones, y retornando al campo de las obligaciones solidarias, cabe señalar, como se desprende del texto del primer párrafo del artículo 1197 del Código Civil, que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores no surte efectos para los demás codeudores y que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no beneficia a los demás coacreedores.

En tal situación, podría ocurrir que el deudor cuyo plazo de prescripción se hubiera suspendido fuese constreñido a pagar. En este caso dicho codeudor podría repetir contra sus codeudores a fin de que le restituyan sus partes de lo pagado, incluso si estos otros codeudores (cuya prescripción nunca estuvo suspendida) hubiesen sido liberados por prescripción.

En el supuesto en que uno de los acreedores se hubiese beneficiado con la suspensión de la prescripción de su acreencia y este acreedor cobrase la integridad de la deuda, dicho acreedor deberá responder ante sus coacreedores por la parte que les corresponde en la obligación, entendiéndose, a pesar de que así no lo establece expresamente el Código Civil peruano, que la acreencia respecto de estos últimos hubiese prescrito. Esta solución legislativa obedece a la naturaleza jurídica de la solidaridad.

829 Vidal Ramírez, Fernando. En Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, p. 815.

Para concluir nuestros comentarios sobre la suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores, debemos señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación el artículo 1197 por acción directa y en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 (aplicación de determinados principios comunes de la solidaridad a las obligaciones indivisibles).

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicarían las normas de la solidaridad, por mandato del artículo 1197.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Renuncia a la prescripción por un codeudor solidario o en favor de un coacreedor solidario

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1198

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por 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 de Jorge Vega García del año 1973 trataba sobre el particular en su artículo 69: «Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción.— La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros; hecha frente a uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 77: «La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.— La renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás»; el Proyecto de la Comisión

FONDO EDITORIAL CASTILLO FRERS

Reformadora, del año 1981, en el artículo 1219: «La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.— La renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1166: «La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.— La renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás».

2. Análisis

2.1. Consideraciones generales en torno a la renuncia a la prescripción

Para finalizar nuestro estudio sobre la figura de la prescripción en materia de obligaciones solidarias, revisemos uno de sus rasgos más importantes, esto es su carácter de irrenunciable.

Como se sabe, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1990 del Código Civil, el derecho de prescribir es irrenunciable, siendo nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.

La prescripción como figura jurídica no se encuentra, en estricto, al servicio o interés de una de las partes, sino que tiene por finalidad servir a uno de los valores sobre los cuales se sustenta el Derecho: la seguridad jurídica.

Partiendo de esa premisa podemos afirmar que la irrenunciabilidad dispuesta por el artículo 1990 del Código Civil pretende evitar que la prescripción rija a voluntad de parte.

De ser posible renunciar a la prescripción por anticipado, sería probable que en numerosos contratos se estableciera esa renuncia, considerando que con frecuencia es el acreedor quien los redacta e impone condiciones.

Cabe aclarar, sin embargo, que la prohibición prevista por el artículo 1990 se encuentra circunscrita a la prescripción que todavía «no ha tenido curso y a aquélla que aún no ha sido ganada».

Así, queda claro entonces que de acuerdo al Código Civil de 1984 nadie puede renunciar a la prescripción por anticipado. La ley, sin embargo, no prohíbe que se renuncie a la prescripción «ya ganada». El artículo 1991 regula esta posibilidad:

> Artículo 1991.- Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada.
>
> Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.

LIBRO DE MARIO CASTILLO FREYRE

La lectura de la norma transcrita nos permite apreciar que, conforme a las circunstancias en que ésta se configura, la renuncia a la prescripción puede realizarse esencialmente en tres supuestos, tal como lo veremos a continuación.

2.1.1. Alcances de la renuncia a la prescripción

La renuncia a la prescripción puede referirse tanto al plazo prescriptorio transcurrido a favor del deudor, a una parte de él o al plazo ya ganado (es decir, al que ya venció).

Esta última distinción se basa en la premisa de que en Derecho «quien puede lo más puede lo menos». Es claro, entonces, que si un deudor puede —por utilizar el ejemplo del plazo prescriptorio de diez años— renunciar a la prescripción cuando ya venció dicho plazo (es decir, después de transcurridos esos diez años), resulta evidente que también podría renunciar al plazo que ya había venido ganando, pero que aún no había terminado de vencer, como sería —dentro del mismo ejemplo del plazo citado— que renunciara a los nueve años y ciento cincuenta días ya ganados, situación posible en Derecho y a la que se aplican no sólo las consideraciones relativas a la renuncia expresa a la prescripción, sino también las referidas a la renuncia tácita, que analizaremos posteriormente.

Para entender mejor cada supuesto, vamos a proceder a citar algunos ejemplos.

En primer lugar, supongamos que «D» adeudaba a «A» la suma de cien mil soles y ya había transcurrido un año desde la fecha de vencimiento de la obligación. En una situación como la planteada, en la que aún faltarían nueve años para que se cumpla el plazo prescriptorio, podría ocurrir que «D» comunicara a «A» que renuncia a la prescripción de un año que había ganado hasta la fecha.

Esto, que en la práctica es muy inusual, es teóricamente posible, de modo que esa renuncia sería válida respecto de todo ese año que había ganado el deudor, lo que no significa que tal deudor esté renunciando a un plazo prescriptorio futuro a su favor. Al renunciar a ese año ganado, el plazo prescriptorio vuelve a empezar a contarse a partir de cero, siendo factible que, salvo que la prescripción se interrumpa o el deudor vuelva a renunciar a ella, transcurran los diez años y la obligación civil se llegue a convertir en una obligación natural.

La segunda posibilidad es que luego de transcurridos diez años desde el vencimiento de la deuda sin que la prescripción haya sido interrumpida por el acreedor, el propio deudor decida renunciar a esa prescripción que ya ha ganado.

En ese supuesto, la obligación ya no sería civil, sino natural, de modo que, si «A» exigiera su pago, «D» podría valerse de la prescripción y negarse a pagar, sin que «A» pudiera hacer nada al respecto. No obstante, «D» también podría optar por renunciar a la prescripción, lo que haría que la obligación tenga otra vez la condición de civil y, por consiguiente, vuelva a ser exigible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como resulta evidente, al igual que en el primer caso, esa renuncia a la prescripción tiene como efecto que el plazo prescriptorio vuelva a cero. Éste empezaría a contarse nuevamente desde la fecha en que se produjo la renuncia a la prescripción.

Por último, como tercer supuesto, tenemos un caso que no se presenta en la vida real, esto es que «D» renuncie a parte de la prescripción que ha ganado. Así, por ejemplo, si hubiese ganado nueve años (de los diez que establece la ley), podría comunicar a «A» que renuncia a uno solo de los días de la prescripción que ha ganado, con lo que en vez de tener nueve años conservaría ocho años con trescientos sesenta y cuatro días.

Este último supuesto nos muestra claramente que la renuncia a la prescripción se ciñe a los términos y alcances en los que ésta se produzca. Si el deudor quiere renunciar a uno o dos días, pues sólo renunciará a uno o dos días. Nadie puede obligarlo a renunciar a todo el plazo prescriptorio que ha ganado.

2.1.2. Formas de renuncia a la prescripción

Siguiendo lo previsto por el artículo 1991, cabe afirmar que hay dos formas de renunciar a la prescripción. La primera es la renuncia expresa y la segunda es la renuncia tácita.

La renuncia expresa implica, como resulta evidente, que el deudor manifieste explícitamente su voluntad de renunciar a la prescripción que ha ganado. La renuncia podría realizarse en persona o, por ejemplo, a través de una carta, de un correo electrónico e, incluso, vía telefónica.

Ése es el primer camino. El segundo camino, que resulta ser el más común, es la renuncia tácita. Ella consiste en la realización de actos o conductas, por parte del deudor, que resulten incompatibles o contradictorios con la voluntad de hacer valer la prescripción a su favor.

Es claro que el acto manifiestamente contrario a la voluntad de querer hacer valer la prescripción ya ganada y, por ende, el ejemplo más representativo de renuncia tácita, es el pago de la obligación.

Si «D» pagara a «A» los cien mil soles que le adeudaba, ese pago significaría que «D» habría renunciado a la prescripción que hasta ese momento había ganado. No importa si la prescripción ganada era total (es decir, si ya habían transcurrido los diez años), o parcial (si el plazo prescriptorio aún no se había cumplido).

Cuando se produce el pago total, la obligación se extingue y, por consiguiente, no tiene sentido seguir hablando de prescripción, pues ya no sería posible que «algo» prescriba en el futuro.

Al respecto, cabe preguntarse si la renuncia también se configuraría si «D», en vez de pagar los cien mil soles que debía, pagara sólo cincuenta mil, esto es, si el pago que realizara fuera parcial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En principio, la respuesta sería que con ese pago parcial «D» sí habría renunciado a la prescripción ya ganada. Al fin y al cabo, el pago parcial es un pago y, por lo mismo, se trataría de un acto contradictorio al deseo de valerse de la prescripción.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que ello resultaría inusual, podría ocurrir que «D» realizara un pago parcial, pero declarando que con él no renuncia a la prescripción ya ganada. Así, «D», al pagar cincuenta mil soles, podría dejar constancia de que tal acto únicamente tiene por objetivo honrar parte de una obligación natural, dejando sentado, además, que no implica la renuncia a la prescripción por el saldo.

En ese supuesto, el pago parcial no conllevaría una renuncia tácita a la prescripción. No obstante, reiteramos que para que ello ocurra el deudor tendría que precisarlo, esto es, dejar constancia de que no renuncia al plazo de prescripción que ha ganado respecto de la parte de la obligación que no ha sido cumplida.

Dilucidado este punto, pasemos a revisar cómo opera la renuncia a la prescripción en los casos en que la obligación es solidaria.

2.2. La renuncia a la prescripción en las obligaciones solidarias

A través del artículo 1198 del Código Civil peruano se prevé que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores no surte efecto respecto de los demás, lo que equivale a decir que no los perjudica. Asimismo, el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no podrá repetir contra los deudores liberados por ésta (ya que ello equivaldría a perjudicarlos por una vía distinta). En resumen, la regla es que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores genera efectos personales y no alcanza a los demás.

Tal como podemos apreciar, la norma bajo análisis es bastante clara respecto de los efectos que origina la renuncia a la prescripción efectuada por uno de los deudores solidarios.

Como informa el sentido común, es obvio que el deudor que renuncia a la prescripción va a verse afectado por esa renuncia. La norma presupone eso mismo, y se preocupa, más bien, por establecer que esa renuncia no se extiende a los demás deudores solidarios.

De esta manera, la ley prescribe que los efectos de la renuncia a la prescripción son personales. Es ese carácter personal de la renuncia respecto de quien la efectúa, lo que determina que la norma indique expresamente que el deudor que renuncia no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

Lo anterior significa que, si el deudor que renunció a la prescripción paga la deuda, no podría luego cobrar a sus deudores solidarios la parte que a ellos les correspondía pagar. Esto es así, esencialmente, por dos motivos. En primer lugar, porque la deuda ya había prescrito y, por ende, la obligación que ese deudor pagó era, en realidad, una obligación natural. En segundo lugar, porque la renuncia es

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

voluntaria y quien decidió renunciar a la prescripción y pagar la obligación debe asumir las consecuencias de su decisión, sin que ella afecte a sus codeudores solidarios que no participaron de esa decisión.

Por último, el artículo 1998 del Código nacional también se refiere a los efectos que tiene la renuncia cuando hay solidaridad activa y el deudor común renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios.

Si la obligación se hubiera convertido en natural y el deudor decide pagarla, renunciando a la prescripción a favor de uno de los acreedores, sería injusto que los otros acreedores solidarios no se vean favorecidos por esa renuncia y que, en virtud de la prescripción, no pudieran reclamar la parte del pago que les corresponda en la relación interna.

En este punto cabe precisar que el texto del artículo 1198 del Código Civil peruano se encuentra en concordancia con lo establecido por los artículos 1194 (constitución en mora) y 1199 (reconocimiento de la deuda), en el sentido de que los efectos de la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no se propagan respecto de los demás (es decir, que no los perjudican); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios favorece a los demás (es decir, que los beneficia).

El artículo 1198, al igual que los artículos 1194 y 1199, se encuentra, en uno de sus extremos, en aparente contradicción con el principio que inspira el artículo 1196 del propio Código, con relación a los efectos de los actos de interrupción de la prescripción; pero, como antes lo explicamos, el tratamiento que distingue al artículo 1196 se encuentra plenamente justificado.

Por último, cabe señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1198, por las reglas de la solidaridad y en virtud de lo previsto por el artículo 1181, segundo párrafo, que hace extensiva esta norma de las obligaciones solidarias a la obligación indivisible, dado que se trata de un principio común a ambas clases de obligaciones.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria se aplicaría, desde luego, el citado artículo 1198.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reconocimiento de la deuda por un codeudor solidario o a favor de un coacreedor solidario

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1199

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

Es dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936 que se regula el tema, primero a través de la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 con su artículo 68: «El reconocimiento de la deuda hecho por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros; si se hace por el deudor frente a uno de los acreedores solidarios favorece a los otros»; luego por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 78: «El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores. Si se practicara por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1220: «El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto a los demás codeudores.— Si se practicara por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en su artículo 1167: «El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.— Si se practicara el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros».

2. Análisis

Como antes lo señalamos, el artículo 1205 del Código Civil peruano establece que el reconocimiento de una obligación puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. El precepto dispone, además, que en este último caso si para

FONDO EDITORIAL CARLOS FERRARI

constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

El reconocimiento en las obligaciones solidarias se encuentra regulado por el artículo 1199, el cual establece que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto a los demás codeudores. Agrega el citado precepto que, si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.

Como puede apreciarse, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto, el mismo que beneficia a todos los acreedores solidarios y no únicamente a aquel en cuyo favor se efectuó.

Así, en tanto el reconocimiento es un acto voluntario y personal, sus efectos recaen sólo sobre el codeudor que lo realiza. Los codeudores de quien reconoce una obligación no tienen por qué verse afectados por un acto en el que no han tenido participación alguna.

Ello se modifica cuando la solidaridad es activa, pues el reconocimiento del deudor común alcanza a todos los acreedores solidarios, y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Tal como lo hemos resaltado en más de una oportunidad al estudiar tanto la renuncia a la prescripción como el reconocimiento, el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna se beneficie uno solo y se perjudiquen los demás.

Los efectos previstos para el reconocimiento de la obligación por el artículo 1199 del Código Civil son, entonces, exactamente los mismos que aquellos contemplados en el artículo 1198 del mismo cuerpo legislativo. El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no perjudica a los demás codeudores; mientras que el reconocimiento de la obligación por el deudor común ante uno de los acreedores solidarios, sí favorece a los demás.

En este punto queremos precisar que el artículo 1199 del Código Civil, se encuentra en absoluta concordancia con lo dispuesto por los artículos 1194 (referido a la constitución en mora) y 1198 (renuncia a la prescripción), en el sentido de que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir, que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, dicho reconocimiento favorece a los otros acreedores (es decir, que los beneficia).

Debemos agregar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1199, que legisla la solidaridad, y el artículo 1181, segundo párrafo, del propio Código Civil, que aplica para los casos de indivisibilidad las reglas de la solidaridad.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicaría el artículo 1199.

LUIS MIGUEL CASTILLO FIGUEROA

Renuncia del acreedor a la solidaridad

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1200

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en dos de sus normas, los artículos 804: «El acreedor que consiente en la división de la deuda a favor de uno de los deudores, conserva su acción *in solidum* contra los otros, deducida la parte del deudor, a quien ha descargado de la mancomunidad»; y 805: «El acreedor que recibe separadamente la parte de uno de los deudores, sin reservar en el finiquito o carta de pago la mancomunidad y sus derechos en general, no renuncia la mancomunidad, sino respecto de este deudor. Si el acreedor recibe de uno de sus deudores una suma igual a la que éste se había obligado a pagar, no se juzgará que le ha perdonado la mancomunidad, si el finiquito no lleva la cláusula, de que la suma es por su parte. Lo mismo sucede con la simple demanda formada contra uno de los deudores por su parte, cuando no ha satisfecho a la demanda, o no ha habido un juicio de condenación»; en tanto que el Código Civil de 1852, no registraba antecedentes al respecto.

El Proyecto de Código Civil de 1890 legislaba sobre el particular en su artículo 1547: «La obligación solidaria deja de serlo, si el acreedor renuncia expresamente la solidaridad, consintiendo en que se divida la deuda entre los deudores; pero, si renuncia la solidaridad sólo en provecho de alguno o de algunos de los deudores, la obligación continúa solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor o deudores dispensados de la solidaridad»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trataba el tema; al igual que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se ocupaba de la materia en el artículo 70: «El acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores conserva la acción solidaria contra los otros.— Renuncia a la solidaridad: 1) El acreedor que otorga a uno de los deudores recibo por la parte

de él sin reserva alguna; 2) El acreedor que haya accionado judicialmente contra uno de los deudores por la parte de él, si éste se ha allanado a la demanda, o si se ha pronunciado una sentencia de condena»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 79: «El acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.— El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trataba el tema en el artículo 1221: «El acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.— El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1168: «El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.— El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad».

2. Análisis

El artículo 1200 del Código Civil regula la posibilidad de que el acreedor común, en una obligación en la que existe solidaridad pasiva, renuncie a la solidaridad en favor de uno solo de los deudores. En este supuesto, por haber renunciado exclusivamente en favor de él, conservará la acción solidaria en contra de los demás.

Ya decía Pothier[830] que el derecho de solidaridad que un acreedor tiene contra varios deudores de una misma deuda, siendo un derecho establecido en su favor, no es dudoso que según la máxima *cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare*, un acreedor mayor que tiene la libre disposición de sus bienes puede renunciar al derecho de solidaridad. Puede renunciar, ya sea en favor de todos los deudores, consintiendo que la deuda se divida entre todos ellos; ya en favor de uno de los deudores a quien libera de la solidaridad, conservando su derecho de solidaridad contra los otros, de manera, sin embargo, que la exención dada a uno de ellos no perjudique a los otros.

De Gásperi[831] precisa que se discute en doctrina acerca de la limitación de la acción del acreedor que ha consentido en la división de la deuda, en cuanto no puede accionar contra los otros, sino hecha deducción de la parte del liberado de la solidaridad. Señala De Gásperi (partiendo de esta posición) que ella no es aceptada sin discusión por los civilistas franceses; recuerda que Delvincourt, Duranton, Larombière, Aubry y Rau y otros, estiman evidente que el artículo 1210 del

830 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 228 y 229.

831 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo ii, pp. 77 y 78.

Código Civil francés supone que el acreedor ha liberado de la solidaridad a uno de los deudores, sea por haberle condonado su cuota parte en la deuda o por haber recibido de él su importe; señala que si así no fuese, no se comprendería por qué el acreedor se vería en la situación de exigir la totalidad de los otros codeudores. Se pregunta Delvincourt qué puede resultar de la remisión de la solidaridad, hecha pura y simplemente a uno de los codeudores. A esto, se responde Delvincourt, no otra cosa, sino que en adelante sólo este deudor podría ser perseguido por su cuota. Pregunta también qué impediría al acreedor perseguir a cualquiera de los codeudores por la totalidad de la deuda, agregando que, en el supuesto de no haber habido remisión en la solidaridad, el codeudor que ha pagado la totalidad no puede accionar contra los otros codeudores, sino por la parte de cada uno, siguiéndose en la hipótesis propuesta, que la solidaridad remitida a uno de ellos deviene para los otros en una circunstancia indiferente, que no puede perjudicarles ni beneficiarles. Concluía Delvincourt su razonamiento señalando que, si el acreedor ha remitido la solidaridad a uno de los deudores, pero sin recibir su parte en la obligación y sin descargarle la deuda, nada le impide accionar contra cualquiera de los otros, por el total de la deuda.

Finaliza De Gásperi expresando que Barde, en la obra de Baudry-Lacantinerie, fundándose en el texto expreso del artículo 1210 del Código Napoleón, rechaza esta distinción, pero no deja de reconocer que la restricción de la acción del acreedor que ha consentido en la división de la deuda, en cuanto no puede accionar contra los otros, sino hecha deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad, es injusta.

Nosotros también consideramos injusto que el acreedor que ha renunciado a la solidaridad se vea limitado a exigir de los deudores respecto de quienes no renunció, no el total convenido, sino una suma menor, ya que se le estarían limitando —sin justificación— las prerrogativas que tiene a efectos de cobro cualquier acreedor solidario en relación con deudores que siguen manteniendo la calidad o condición de solidarios.

Así, si tenemos a un acreedor «A» con tres deudores, «D1», «D2» y «D3» con una prestación de sesenta mil soles. Luego, A renuncia a la solidaridad con respecto a «D1». Esto significa que a «D1» sólo le podría cobrar, divisible y mancomunadamente, veinte mil soles; pero a «D2» y «D3» les podría cobrar, solidariamente, la suma de sesenta mil soles. Es claro que la suma a cobrarles no es de cuarenta mil, pues respecto a ellos no hay renuncia a la solidaridad. Eso no significa que en la relación interna de la deuda «D1», «D2» y «D3» no estén obligados, cada uno de ellos, por veinte mil soles, pero distinto es el caso de su relación con respecto al acreedor común en razón de la solidaridad.

Por otra parte, diremos que el segundo párrafo del artículo 1200 del Código Civil peruano plantea dos formas por las cuales el acreedor común puede renunciar a la solidaridad en favor de uno de sus codeudores. La primera es aquella en la cual el acreedor otorga recibo al deudor, sin reserva alguna. Esta última expresión

significa que en el mencionado recibo no se coloque ninguna observación en el sentido de que se acepta el pago parcial, pero que dicha aceptación no implica o conlleva renuncia de la solidaridad pactada o establecida por la ley. La segunda, que el acreedor promueva acción judicial contra uno de los codeudores solidarios, por su parte y sin reserva. La solución del precepto es de una lógica incontestable, pues los artículos 1201 y 1203 del propio Código prevén, finalmente, la distribución a prorrata de la prestación entre todos los codeudores, considerando la insolvencia de alguno de ellos.

Enseñaba Pothier[832] que se puede renunciar por un convenio expreso o tácito; reputándose haber renunciado tácitamente cuando se admite a cualquiera de los deudores que pague la deuda, por su parte, nominativamente.

Como expresa León Barandiarán[833], tratándose de la solidaridad pasiva, la renuncia puede ser total o parcial, es decir, con relación a todos los deudores o a uno o algunos de ellos. En este último caso, la solidaridad se mantiene respecto a los otros deudores, pues como se dice, tal renuncia es *in personam,* no es *in rem.* Agrega que, tratándose de la solidaridad activa, la renuncia hecha por uno de los acreedores no perjudica a los otros.

Debemos señalar, además, que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, debería aplicarse el artículo 1200, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Sin embargo, observamos que la aplicación del artículo 1200, para el caso en que la obligación solidaria también fuese indivisible, resultará en la mayoría de los supuestos imposible, ya que no cabría renuncia a la indivisibilidad cuando ésta proviene de la naturaleza de la prestación. Sólo sería factible su aplicación al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, cuando el carácter de indivisible obedezca exclusivamente a la voluntad de las partes, siendo divisible, por su naturaleza, la prestación.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, sin lugar a dudas resultaría de aplicación el artículo 1200.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad, queremos formular una reflexión. Para el caso de las obligaciones mancomunadas e indivisibles, y si la obligación consistiese en dar dinero u otra prestación divisible por naturaleza —pero convertida en indivisible por pacto— y el acreedor renunciara a la indivisibilidad respecto a uno de los codeudores, podría aplicarse, por analogía, el precepto citado.

832 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 229 y ss.

833 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 131.

Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de uno de los deudores, resultando insolvente(s) otro u otros de los deudores solidarios

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1201

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por 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 de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el tema en su artículo 72: «En el caso de renuncia del acreedor a la solidaridad frente a alguno de los deudores, si uno de los otros es insolvente, su parte de deuda se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendido a aquél que había sido liberado de la solidaridad»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 80: «Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquél que fue liberado de la solidaridad»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1222: «Si el acreedor renunciara a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquél que fue liberado de la solidaridad»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1169: «Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquél que fue liberado de la solidaridad».

2. Análisis

El precepto bajo análisis aborda las consecuencias de la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto a uno de los codeudores, cuando resulta insolvente otro de los codeudores solidarios. Evidentemente, el precepto sólo regirá en los casos de solidaridad pasiva.

Se trata del mismo supuesto de hecho del artículo 1200, pero con la circunstancia adicional de que uno de los codeudores (distinto de aquél frente al cual el acreedor común renuncia a la solidaridad) deviniese en insolvente. En este caso, la parte de dicho deudor se distribuirá a prorrata entre todos los codeudores, incluyendo a aquél a quien el acreedor liberó de la solidaridad. Sin embargo, este último deudor sólo deberá su parte en la obligación, más la porción proporcional que resulte de la parte del codeudor insolvente distribuida entre los restantes codeudores. Ahora bien, con igual razonamiento resulta evidente que los codeudores no liberados de la solidaridad por el acreedor común seguirán en la misma condición de solidarios por el resto de la obligación. Pero en caso de insolvencia de alguno de quienes permanecen como codeudores solidarios, también deberán responder por la parte de tal insolvente en proporción a lo que les corresponda en las relaciones internas entre todos los codeudores.

Ya se preguntaba Pothier[834] si cuando hay varios deudores solidarios, y el acreedor ha liberado a uno de ellos, pierde enteramente la solidaridad o puede obrar contra cada uno de los otros solidariamente y bajo la deducción tan sólo de la parte de aquél a quien ha liberado, y de lo que aquel a quien ha liberado había tenido que llevar por su parte, de las porciones de aquellos de entre ellos que fueran insolventes.

Salvat[835], al igual que Pothier, también acepta la solución afirmativa, pues, por una parte, no se comprendería por qué el deudor dispensado de solidaridad estaría obligado en el caso de insolvencia de alguno o algunos de los codeudores, y no lo estaría en el de insolvencia de todos ellos; mientras que, por otra parte, al dispensarle de la solidaridad, lo único que el acreedor ha entendido hacer es dispensarlo de la obligación de anticipar los fondos para el pago total, pero sin modificar en lo más mínimo sus obligaciones para el caso de insolvencia[836].

Por lo demás, hacemos de aplicación al tema de la renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad, resultando insolvente otro u otros de los deudores (regulado en el artículo 1201) —*mutatis mutandis*—, nuestros comentarios relativos a la renuncia a la indivisibilidad (tema legislado en el artículo 1200 del Código nacional).

834 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, pp. 227 y 228.
835 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 132.
836 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 478 y 479.

Para concluir, debemos señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1201, por ser una norma propia de la solidaridad, en adición a lo previsto por el artículo 1181; y si fuese divisible y solidaria, regirá el mismo artículo 1201.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de parte de los frutos o intereses

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1202

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 legislaba sobre el tema en el artículo 806: «El acreedor que recibe de uno de los deudores separadamente y sin reserva, los intereses de la deuda, pierde la mancomunidad de los devengados o caídos, mas no la de los que deben correr, ni la del capital, a menos que el pago debido haya sido continuado por diez años»; en tanto que el Código Civil de 1852 no registraba antecedentes; al igual que el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el tema en su artículo 71: «El acreedor que recibe, separadamente y sin reserva, la parte de los frutos o de los intereses que está a cargo de uno de los deudores, pierde contra él la acción solidaria por los frutos o por los intereses vencidos, pero la conserva en cuanto a los futuros»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 81: «El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1223: «El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1170: «El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de

FERNANDO CASTILLO FREYRE

los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros».

2. Análisis

El citado precepto trata acerca del supuesto en que el acreedor de la obligación solidaria reciba —sin reserva— de uno de los codeudores solidarios, parte de los frutos o de los intereses adeudados.

En este caso, no perderá la solidaridad respecto de dicho deudor con relación al capital adeudado, sino solamente sobre los frutos o intereses devengados. Esta renuncia no rige con relación a los frutos o intereses futuros (aún no devengados).

Sin lugar a dudas, el carácter solidario de la obligación principal o del capital se traslada también a los frutos del mismo, que, en el caso de las obligaciones dinerarias, al igual que en el mutuo de bienes consumibles, son los intereses.

Es claro que si, tal como lo establece el artículo 1200, cabe la renuncia por el acreedor a la solidaridad en favor de uno de los deudores, con mayor razón se puede decir que es posible que el acreedor renuncie, respecto a uno de los codeudores solidarios, a parte de los frutos o intereses adeudados. En estos casos, como hemos visto, la renuncia a la solidaridad de los frutos o intereses no se traducirá en una renuncia a la solidaridad sobre el principal, ya que éste no sigue la suerte de lo accesorio.

En el mismo orden de ideas, cabe afirmar que si la renuncia a la solidaridad se hubiese producido respecto al capital (supuesto del artículo 1200), dicha renuncia conllevará necesariamente la renuncia a la solidaridad para el cobro de los frutos o de los intereses adeudados; esto, en estricta aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

División de la obligación en las relaciones internas entre los diversos codeudores o coacreedores solidarios

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1203

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar, en lo relativo a la división del crédito o la deuda, a la *Novísima Recopilación*, Ley 10, Título I, Libro 10.

El artículo 1203 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

En cambio, regula la materia el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, con el artículo 807: «La obligación contraída mancomunadamente a favor del acreedor, se divide en rigor de derecho entre los deudores, que no están obligados entre sí más que por su parte cada uno»; en tanto que el Código Civil de 1852 no se pronuncia sobre el particular.

El Proyecto de Código Civil de 1890 trata el tema en su artículo 1558: «El deudor solidario que cumple la obligación tiene derecho para exigir de sus codeudores el reembolso de la parte que les corresponde.— Son iguales las partes, de que son recíprocamente responsables los codeudores solidarios, si del convenio no resulta otra cosa».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no regula el tema; al igual que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 y el Código Civil de 1936.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 legislaba sobre el particular en su artículo 58: «En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o entre los diversos acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.— Las partes de cada uno se presumen

LUIS MIGUEL CASTILLO FREYRE

iguales, si no resultare otra cosa»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 82: «En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.— Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo pacto en contrario»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981 lo hacía en el artículo 1224: «En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.— Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo que lo contrario resultara de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1171: «En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.— Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

2. Análisis

El artículo 1203, primer párrafo, del Código Civil peruano, establece una presunción legal en el sentido de que en las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. Ya Pothier[837] decía que

> Cuando varias personas contratan una deuda solidariamente, no es más que vis a vis del acreedor que cada una de ellas es deudora del total; mas entre ellas la deuda se divide y cada una de ellas es deudora de "por sí", solamente en cuanto a la parte que ha tenido por causa la deuda. Supongamos, por ejemplo, que dos personas juntas hayan pedido a préstamo una cantidad para su devolución; o bien que hayan comprado una cosa, para cuyo pago se han obligado solidariamente para con el vendedor: si ellas han dividido entre sí de una manera igual la cantidad tomada a préstamo o la cosa comprada, cada una de ellas, bien que deudora del total vis a vis del acreedor, no es vis a vis de su codeudor, más que deudor de "por sí" de la mitad.

Adicionalmente, el segundo párrafo del citado artículo 1203 del Código Civil prescribe que las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

837 Pothier, Robert Joseph. *Op .cit.*, primera parte, pp. 216 y 217.

En realidad, no siempre tiene por qué contraerse una obligación en la que participen por partes iguales cada uno de los deudores o acreedores de la prestación.

Para ilustrar lo mencionado, vamos a citar un ejemplo.

Se trataría de un contrato de mutuo (préstamo dinerario) en virtud del cual dos acreedores solidarios otorgan en préstamo a tres deudores de la misma condición solidaria, la suma de sesenta mil soles, a ser devueltos sin interés alguno.

El acreedor 1 ha participado con cuarenta mil soles en el préstamo, mientras que el acreedor 2 ha participado sólo con veinte mil soles. Y, en el caso de los deudores, podría ocurrir una situación similar, ya que el deudor 1 ha recibido en su beneficio la suma de treinta mil soles, el deudor 2 la cantidad de veinte mil soles y el deudor 3 diez mil soles.

En este ejemplo resulta evidente que en las relaciones internas no todos los acreedores ni todos los deudores tienen igual interés en la obligación. Al acreedor 1 le corresponderá la suma de cuarenta mil soles, en dichas relaciones internas, en la forma siguiente: del deudor 1, veinte mil soles, del deudor 2, 13,333.33 soles, mientras que del deudor 3, la suma de 6,666.66 soles. Por su parte, respecto del acreedor 2, éste recibirá un total de veinte mil soles (pues así se ha dividido el crédito con el acreedor 1). Debemos insistir en que el pago se efectuará de manera solidaria por los tres deudores frente a los dos acreedores, y que solamente estamos anotando qué porcentajes del monto que le corresponderá al acreedor 2, deberán ser sufragados por cada uno de los deudores (pero esto sólo en lo que respecta a la división interna de la deuda). Cada uno de los deudores deberá contribuir en el pago solidario de la deuda (imaginariamente, respecto de dicho acreedor) en las proporciones que se indican: del deudor 1, diez mil soles, del deudor 2, 6,666.66 soles, mientras que del deudor 3, 3,333.33 soles.

Todo esto nos lleva a concluir que el deudor 1 contribuirá con un total de treinta mil soles, el deudor 2, con veinte mil soles, mientras que el deudor 3, con diez mil soles, que representan exactamente las cantidades y porcentajes en cuyo interés contrajeron la deuda (el préstamo).

Resultan de interés los conceptos que con relación al tema vierte Demolombe[838]. Este famoso profesor francés, refiriéndose a las proporciones de los diversos codeudores en el caso de las obligaciones surgidas de los actos ilícitos, señala que las circunstancias particulares del hecho pueden dar a los jueces los elementos suficientes para considerar una repartición diferente, más legal y más equitativa, razón por la cual considera que en los casos mencionados, corresponderá a los jueces medir a cada uno su parte en la responsabilidad, en atención a la parte más o menos desigual en que participó en el hecho, como a la importancia más o menos desigual del beneficio que se pudo obtener. Critica Demolombe que

838 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvi, pp. 244 y 245.

Rodiére, a su vez, objetase las palabras que Pothier había dicho a este respecto. El jurista de Orléans manifestaba que: «Si la deuda solidaria procede de un delito cometido por cuatro particulares, cada uno es un deudor solidario frente a la persona contra quien se cometió el delito; pero entre ellos cada uno es deudor por la parte que tuvo en el delito, es decir por un cuarto». Demolombe entiende que el parecer de Pothier apuntaba a que a los jueces les corresponde repartir desigualmente, según las circunstancias, el monto de la deuda entre aquellos que por el mismo hecho sean responsables de una obligación.

Rodiére —esta vez junto a Larombière— es también criticado por Giorgi[839], quien señala que los mencionados autores pretenden que el deudor solidario pueda recurrir contra los coobligados, aun antes de haber efectuado un pago cualquiera, bastando —según ellos— que tal deudor esté dispuesto a pagar su parte para que pueda dirigirse contra los coobligados y constreñirlos a pagar la porción que les corresponda. El error de este parecer, según Giorgi, estriba en constituir una opinión demasiado absoluta, siendo necesario efectuar algunas distinciones. Así, si se trata de un deudor solidario no interesado en la deuda, puede competirle este derecho, porque, bajo el amparo de su calidad con relación a los coobligados, tendrá fundamento legítimo para ello. Sin embargo, si se tratase de un deudor solidario interesado en la deuda, no se encuentra un fundamento legítimo para la repetición antes de haber pagado, porque, con anterioridad al pago, no existe relación alguna de crédito y deuda entre los coobligados.

Agrega Giorgi que no ha faltado tampoco quien ha sostenido que la repetición también debe tener lugar cuando el deudor haya pagado, por culpa suya, anticipada o inútilmente, es decir, sin haber conseguido liberar a los coobligados; pero, a decir de Giorgi, ésta es una opinión sin partidarios, habiendo demostrado su error Larombière y Demolombe, quienes ponen en claro la identidad de los principios fundamentales que sobre este particular regulan la solidaridad. El autor italiano citado sostiene que el fundamento de la facultad de repetir no se encuentra tanto en el daño experimentado por el deudor que paga por otro, sino en el provecho que obtienen los demás codeudores por tal pago; razón por la cual se adhiere al planteamiento de Lewandowsky, en el sentido de que para ejercer la repetición no bastaría a un deudor solidario presentar a los coobligados el título original de la obligación, pues dicho deudor podría haber obtenido del acreedor la entrega del título, no a causa de pago, sino por condonación de la deuda; y puesto que en tal hipótesis el deudor no habría experimentado daño alguno, le faltaría igualmente el fundamento indispensable del derecho de repetir; por lo que Giorgi concluye en que es preciso que el deudor demuestre haber obtenido la entrega del título por razón de pago.

839 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. 180 y 181.

Pero con relación al artículo 1203 del Código Civil debemos subrayar, una vez más, que esta norma trata únicamente de las relaciones internas de los deudores y acreedores, que no afectan a la obligación solidaria. En una obligación solidaria cada acreedor cobra el íntegro y cada deudor responde por el íntegro. Las divisiones previstas en este numeral son únicamente las concernientes a las relaciones internas.

Respecto de las excepciones a la presunción de igualdad previstas por el propio artículo 1203 del Código Civil, en su segundo párrafo, es decir, que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso, consideramos que los dos primeros supuestos no requieren comentarios, ni explicaciones o ejemplos. Respecto de la tercera hipótesis, vale decir, cuando lo contrario resulte de las circunstancias del caso, podemos afirmar que ella se refiere a la ausencia de pacto en el contrato, pero que, de él, y de las eventualidades de su entorno, se pueda inferir la desigualdad de las porciones.

Para el caso de la solidaridad pasiva, suponiendo que uno de los codeudores solidarios haya pagado la totalidad de la deuda, ¿tiene algún recurso contra sus codeudores?

La solución en el Derecho romano es confusa. Por otra parte, en la doctrina encontramos tres sistemas: (1) el primero, que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria; el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda —se sostiene en este sistema— ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso alguno contra sus codeudores; (2) el segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, que establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso; este recurso responde al propósito de impedir que los codeudores se enriquezcan a costa de quien hizo el pago; (3) en un tercer sistema, intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta: el recurso procederá o no según que entre los codeudores solidarios haya existido o no una comunidad de intereses.

El Código Civil peruano ha seguido el tercer sistema: el recurso procederá o no, según haya existido o no una comunidad de intereses. Si existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el recurso procede en la medida del interés que cada uno tenga en la operación; las partes podrán ser iguales o desiguales. En nuestro Código, el legislador presume la existencia de esta comunidad. Así se desprende del artículo 1203 del Código Civil.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha desarrollado sus fallos, como se observa en la Casación n.° 1006-03-Ucayali, de fecha 29 de marzo de 2004, que señala: «La obligación solidaria se divide entre los diversos deudores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. *Sexto.* La deuda asumida por el demandante y los demandados al suscribir el título valor que fue objeto del proceso ejecutivo acompañado era, en efecto, solidaria,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por tanto, su pago debía ser asumido íntegramente por cualquiera de los demandados o por todos ellos de forma indivisible. Sin embargo, dentro de las relaciones internas que vinculan a los codeudores solidarios, es aplicable la presunción legal que establece el artículo 1203 del Código Sustantivo, en virtud del cual la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos; norma jurídica que se aplica también al presente caso en atención al principio iura novit curia».[840]

Si no existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro codeudor, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá, por el contrario, recurso alguno contra sus codeudores. Como dice Luis de Gásperi[841], los códigos civiles suponen la existencia de una comunidad de intereses entre los diversos codeudores, pero la convención que entre ellos se hubiese pactado será la ley reguladora de sus relaciones mutuas. Esto equivale a decir que, en las relaciones internas de los deudores entre sí, la obligación se divide por ministerio de la ley como si fuese simplemente mancomunada, lo cual significa que cada uno deberá su porción viril, salvo pacto en contrario. Agrega De Gásperi que esta convención, ajena a la solidaridad, puede obedecer, para alguno o varios de los deudores, a un puro sentimiento de amistad o al propósito de hacer un favor, circunstancia ésta que después del pago debe servir de base a la regulación del recurso; señala el citado tratadista paraguayo que en supuesto semejante, si el deudor en cuyo interés se constituyó la obligación y se obligó solidariamente, es el que paga la totalidad, no tendría recurso alguno contra los otros codeudores; y que si, por el contrario, yo que di mi firma de favor soy el que pagó, podré exigir de él el reembolso de la totalidad.

Para ejercer el recurso contra los otros codeudores se promovería, sin duda, la acción de subrogación prevista por el artículo 1260, inciso 1, del Código Civil. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor. Debe tenerse presente que la subrogación establecida por el artículo 1260 del Código Civil operará respecto a la parte que en las relaciones internas tenía cada uno de los codeudores, conforme al artículo 1263 del mismo Código, sin que se transmita, en virtud de tal subrogación, la solidaridad.

Cabe señalar que la jurisprudencia, a través de la Casación n.º 3155-2009-Ucayali, de fecha 18 de marzo de 2010, ha establecido que el pago asumido por uno de los deudores solidarios no convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado. «*Sétimo.* Al haber dispuesto la Sala Superior que los demandados cumplan con repetir a favor del Banco demandante el monto abonado a favor de [la Notaría] se ha aplicado adecuadamente lo prescrito por el artículo 1203 del

840 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 898. [Texto correspondiente a la tercera edición]
841 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 121.

Código Civil, en tanto que el pago asumido por uno de los deudores solidarios no convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado, pues el derecho que le asiste al demandante para emplazar contra los demandados se sustenta en la subrogación legal; la cual no establece de forma expresa que el pago de la obligación asumida por uno de los deudores solidarios convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado, en tanto que el artículo 1183 del Código Civil establece que la solidaridad no se presume, sólo la ley o el título de la obligación la establecen de forma expresa».[842]

Giorgi[843] es del mismo parecer, cuando se expresa de la siguiente manera: «Por lo demás, en cuanto al argumento inferido de la subrogación, no cabe responder en defensa de los Códigos que al pagar el deudor ocupa el lugar del acreedor, sino que se coloca en él al solo efecto de recobrar lo que le es debido. Mas desde que lo debido no es otra cosa que la parte en que cada uno se halla interesado en la obligación solidaria, sólo puede, como consecuencia, repetir esta parte». Pagada la deuda, en consecuencia, queda extinguida la solidaridad. Según nos recuerda De Gásperi[844], la razón que se da sobre esta manera de regir el recurso entre los codeudores, no es una sola, aunque tal vez en el fondo sea así. Según Pothier, de otro modo se caería en un circuito de acciones: «Aquél de mis codeudores, a quien yo habría hecho pagar la totalidad del crédito, deducción hecha de mi parte, tendría al pagar igual derecho a ser subrogado en las acciones del acreedor, con deducción de cuota; y en virtud de esta subrogación tendría derecho de exigirme, hecha deducción de su parte, lo que él me habría pagado, porque yo también estaría obligado solidariamente».

A entender de De Gásperi, esta fue la explicación con que Bigot-Préameneu sustentó el artículo 1214 del Código Napoleón. Sin embargo, posteriormente, los intérpretes de este Código esbozaron diferentes razones al respecto. Nos dice De Gásperi que Colmet de Santerre estima que, siendo regla de la subrogación aquella según la cual el subrogado no puede obrar contra el subrogante, no existe el riesgo del circuito de acciones señalado por Pothier, razón por la cual justifica la limitación del recurso a la porción a que cada deudor está obligado, por la garantía de indemnizarse todo perjuicio derivado de la deuda común que los deudores solidarios se deben mutuamente los unos a los otros, motivo por el cual el codeudor garante no puede, al demandar por su parte al otro codeudor, ocasionarle un perjuicio que él mismo debe indemnizar. Señala De Gásperi que Demolombe, sin dejar de acoger esta explicación, pretende que el deudor que ha pagado con subrogación ha extinguido la deuda común, tanto por parte de sus codeudores, cuanto por la suya, y que de este pago nacen en su favor créditos nuevos y distintos para recobrar de sus codeudores el anticipo hecho por él. Precisa el autor paraguayo

842 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 989-899. [Texto correspondiente a la tercera edición]

843 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 182.

844 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 122 y 123.

citado, que la acción recursoria que se le da no le corresponde por subrogación del acreedor, sino por derecho propio. Esta subrogación contraria al Derecho romano, tiene su origen en los usos de Bretaña y su autoridad en el acento que le dieron Dumoulin y Duprac-Poullain, en el antiguo Derecho francés, y Toullier, Zachariae, Delvincourt, Larombière y Duranton, en el moderno.

Por lo demás, este asunto ha sido solucionado por el Código Civil peruano de 1984 a través de lo dispuesto en el artículo 1263, que llena un vacío de interpretación del Código Civil de 1936. En el seno de la Comisión Revisora del Código de 1852, que dio origen al Código de 1936, Rosendo Badani Chávez, representante del Congreso Constituyente de la República ante dicha Comisión, planteó que se consignara en el Proyecto un precepto similar al que hoy recoge el artículo 1263 del Código de 1984, esto es, que quien se subroga está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda. Esta sugerencia, sin embargo, fue rechazada por el eminente Manuel Augusto Olaechea, por considerar obvio el asunto, ya que la generalidad de la doctrina se pronunciaba en ese sentido[845]. Ello dio origen a que el Código de 1936, al prescribir en su artículo 1271 que la subrogación sustituía al subrogado «en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor», pudiera interpretarse en el sentido de que los codeudores que no habían pagado se mantenían como obligados solidarios ante el codeudor subrogado, salvo los efectos de la consolidación o confusión en cuanto a su parte.

Señala De Gásperi[846], además, que Marcadé justifica la acción recursoria por la gestión de negocios, no encontrando otra explicación a la restricción del recurso que la circunstancia de haberse limitado ésta a la porción de cada coobligado en la deuda, mereciendo esta idea la adhesión de Planiol; en tanto que Crome estima que el deudor que pagó tiene dos acciones: una personal, nacida *ex-mandato*, y la otra, la del acreedor, originada *ex-iure cessio*, que él puede acumular. Barde, ante todas estas explicaciones del principio, optó por la tesis de Pothier, no tanto por ser la más convincente, sino por ser la única que conoció el legislador francés.

Un punto que plantea Guillermo A. Borda con relación al tema del artículo 1203 del Código peruano es el relativo al supuesto en el cual uno de los codeudores hubiese pagado una cantidad igual o menor a su parte en la obligación, y se pregunta si dicho codeudor tendría acción de contribución contra sus codeudores. Señala Borda[847] que la cuestión ha sido discutida y no faltan quienes se deciden por la afirmativa, sosteniendo que el que paga lo hace por todos, a todos beneficia y es natural, por lo tanto, que el pago parcial haga nacer una acción de contribu-

845 Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936. *Actas de las sesiones*. Sesión de 6 de agosto de 1936. Lima: Copias mecanografiadas, 1936.

846 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 123 y 124.

847 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 476.

ción al igual que el pago total. No compartimos plenamente el parecer de Borda, al considerar que ésta sería una solución atinente a una lógica demasiado rígida, y que contempla sólo un aspecto del problema, olvidándose que quien paga su parte o menos de ella, paga sólo lo que debe, de tal modo que la acción de contribución carece de sustento, a lo que se podría agregar que el planteamiento complicaría absurdamente la liquidación de la deuda, al dar origen a un sinnúmero de acciones de contribución recíprocas, razón por la cual se puede concluir que sólo tiene acción de contribución el codeudor que ha pagado, pero únicamente por el exceso.

Por otro lado, debemos agregar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, regiría lo dispuesto por el artículo 1203, por aplicación directa y por remisión, pues se trataría de un caso de indivisibilidad y solidaridad previsto por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, del texto siguiente: «[...] Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177».

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, es evidente que también se aplicaría en forma directa el artículo 1203. En la misma medida en que si fuese indivisible y mancomunada regiría el mismo precepto, por remisión del primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, que establece que: «Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204».

Finalmente, la jurisprudencia nacional[848] ha señalado, respecto al artículo 1203, lo siguiente: «El pago de la obligación asumida por uno de los deudores solidarios no convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado. El derecho que asiste al demandante para emplazar contra los demandados se sustenta en la ley (subrogación legal); sin embargo, ésta no establece de forma expresa que el pago de la obligación asumida por uno de los deudores solidarios convierta a los codeudores en obligados solidarios del subrogado, por lo que no se cumple el presupuesto contemplado en el artículo 1183 del Código Civil».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

848 Casación n.° 1006-2003-Ucayali.

Supuesto de insolvencia de algún codeudor solidario

Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

1. Fuentes nacionales del artículo 1204

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 no trataba sobre el particular.

Sí lo hacia el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 en tres de sus normas, los artículos 808: «El deudor de una deuda *in solidum* que la haya satisfecho toda, no puede repetir contra los otros más que por la parte o porción que corresponde a cada uno. Si alguno se halla insolvente, la parte que ocasiona su insolvencia se divide por contribución entre los demás coobligados, y el que ha hecho el pago»; 809: «En el caso en que el acreedor ha renunciado a la acción mancomunal en beneficio de uno de los deudores, si uno o muchos de los coobligados se hacen insolventes, la porción de éstos será distribuida proporcionalmente entre todos los deudores, incluso aun los que precedentemente hubiese eximido el acreedor de la mancomunidad»; y 810: «Si el motivo por que se contrajo la deuda no interesa más que a uno de los coobligados, éste será el responsable a toda ella, y sus coobligados no serán con respecto a él sino como unos fiadores suyos».

En el Código Civil de 1852 encontramos el artículo 1298: «Si alguno de los codeudores solidarios fuere insolvente, la falta que resulte será cubierta por todos los demás»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en varias normas, los artículos 1550: «Si, habiendo reclamado el acreedor, que tiene varios deudores solidarios, toda la deuda de cualquiera de ellos, resulta insolvente aquél de quien se ha exigido el cumplimiento de la obligación por entero, puede exigirlo de los demás; y si el acreedor ha reclamado sobre parte de la deuda, o de cualquiera otro modo ha consentido en que ésta se divida respecto de un deudor, puede reclamar el todo de los demás deudores, disminuida la deuda en la parte que corresponda al deudor exonerado de la solidaridad»; 1558: «El deudor solidario que cumple la obligación tiene derecho para exigir de sus codeudores el reembolso de la parte que le corresponde.— Son iguales las partes, de que son recíprocamente responsables los codeudores solidarios, si del convenio no resulta otra

cosa»; y 1559: «Si alguno de los codeudores solidarios es insolvente, la parte que le corresponde, se distribuye proporcionalmente entre todos los demás».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trataba el tema; al igual que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 y el Código Civil de 1936.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García, del año 1973, aborda el tema en su artículo 59: «El deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda puede repetir de los codeudores solamente la parte de cada uno de ellos.— Si uno de éstos es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquél que haya hecho el pago.— La misma norma se aplica cuando sea insolvente el codeudor en cuyo exclusivo interés haya sido asumida la obligación»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hace en el artículo 83: «Si alguno de los codeudores fuera insolvente, su parte se distribuirá entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.— Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación fuera insolvente, la deuda se distribuirá por partes iguales entre los demás»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hacía en el artículo 1225: «Si alguno de los codeudores fuera insolvente, su parte se distribuirá entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.— Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación fuera insolvente, la deuda se distribuirá por partes iguales entre los demás»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1172: «Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.— Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuirá por porciones iguales entre los demás».

2. Análisis

El artículo 1204 del Código Civil peruano regula el supuesto de insolvencia de alguno de los codeudores. El principio general, consignado en el primer párrafo del precepto, es que, si alguno fuese insolvente, su porción se distribuiría entre los demás, en estricta proporción a sus intereses en la obligación. Se podría decir, en palabras de Héctor Lafaille[849], que la ley responsabiliza de la insolvencia de uno de los codeudores a los restantes coobligados.

Como recuerda Luis De Gásperi[850], Pothier parte del principio según el cual los deudores no se habrían obligado solidariamente si en el supuesto de tener que

849 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 230.

850 De Gásperi, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 79 y 80.

pagar cualquiera de ellos la totalidad, no hubiesen de contar con la cesión de las acciones del acreedor para obligar a sus codeudores a reembolsarle la parte que en la deuda les corresponde; enseña que, en la hipótesis de haber el acreedor remitido la solidaridad a favor de uno de sus deudores, se colocaría en la imposibilidad de exigir el pago de la totalidad de la deuda, de donde viene la consecuencia de que no puede demandar a cualquiera de ellos por el todo.

Señala además De Gásperi que, fundado en este razonamiento, Pothier sostiene que en la hipótesis de una obligación contraída por seis deudores solidarios, a uno de los cuales habría el acreedor liberado de la solidaridad, y de resultar insolvente uno de los cinco deudores restantes, no podría accionar él por la totalidad contra cualquiera de los solventes, sino con deducción de la cuota del deudor dispensado de la solidaridad y de la porción del insolvente, porque el deudor demandado no puede pretender sino que se deduzca lo que él ha perdido por falta de cesión de acción contra el liberado de la solidaridad, y porque la cesión de esta acción le habría dado el derecho de repetir de él su porción y hacerle contribuir en la parte del insolvente. Agrega el autor citado, que esta doctrina mereció la adhesión de Delvincourt, Toullier, Duranton, Larombière y Aubry y Rau, y en América Latina, de Lacerda de Almeida y del Código de Uruguay. Pero —anota De Gásperi—, la opinión se ha abierto paso, fundándose, principalmente, en las palabras que manifestó Bigot-Préameneu, como representante de la Sección de Legislación del Tribunado:

> Basta recordar que el pacto primitivo que ha establecido la solidaridad contiene dos obligaciones bien distintas, la una entre el acreedor y los deudores, la otra entre cada deudor y sus codeudores. Cuando el acreedor descarga a uno de ellos de la solidaridad, hace uso de una facultad resultante de la primera convención, porque el que puede demandar el pago del todo, puede limitarse al pago de una parte. Pero el deudor que no ha pagado sino una parte, porque así lo ha querido el acreedor, no está exento de la segunda obligación formada entre los deudores solos. Esta segunda obligación es absolutamente extraña al acreedor; ella subsiste en tanto que los deudores no hayan arreglado cuentas entre sí o tengan cuentas por arreglar. Ahora bien, uno de los puntos esenciales de esta obligación es que la porción de los insolventes sea repartida entre todos ellos; tanto como el deudor no puede sustraerse a ella, no es permitido al acreedor eximir de ella al deudor.

Un ejemplo sería aquél en el cual tres deudores solidarios contraen la obligación de pagar sesenta mil soles a un acreedor común, pero sus participaciones en las relaciones internas son de treinta mil soles el deudor 1, veinte mil soles el deudor 2 y diez mil soles el deudor 3. Si el deudor 1 resultase insolvente, la deuda se distribuiría proporcionalmente a los intereses en la obligación de los otros dos deudores. Así, el deudor 2 debería cuarenta mil soles y el deudor 3, veinte mil soles (desde luego en forma solidaria), respecto del acreedor común. Esto, naturalmente,

en referencia a las relaciones internas de los codeudores entre sí. Esta situación no afecta —de ninguna manera— a la solidaridad.

No está de más precisar que la situación de insolvencia prevista por el artículo 1204 del Código nacional podría presentarse no sólo respecto de uno sino de más de uno de los codeudores, para cuyo efecto se tendría que efectuar la misma operación en cada caso.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1204 del Código Civil regula el supuesto en el cual la deuda haya sido contraída en único y exclusivo interés de uno de los deudores. En este caso, de resultar insolvente dicho codeudor, la deuda se distribuiría en porciones iguales entre los demás codeudores o la asumiría íntegramente un único codeudor, si todos los demás fuesen insolventes.

En este último orden de ideas, si la deuda hubiese sido contraída en interés exclusivo de dos o más codeudores y todos ellos resultasen insolventes, igualmente la deuda se distribuiría por partes iguales entre el resto de codeudores en cuyo interés no se asumió.

Otro supuesto es aquel en el cual la deuda se contraiga en interés de dos codeudores y existan más de dos, y uno de los codeudores en cuyo interés se contrajo la obligación resulta insolvente. En este caso, la solución lógica sería que el otro codeudor, en cuyo interés se contrajo la obligación, asumiera el íntegro de la deuda, mas no así los otros codeudores en cuyo interés no se contrajo dicha deuda.

Un punto de interés que plantea Borda[851] es el relativo a si la insolvencia de la que hemos tratado en estos comentarios debe ser anterior o posterior al pago. Señala el citado tratadista argentino que, según opinión de algunos autores, la norma debe aplicarse solamente a la insolvencia anterior al pago, no a la posterior, sosteniéndose para este último caso, que quien pagó pudo repetir el pago y no lo hizo a tiempo, razón por la cual debe asumir él solo el peso de la parte del insolvente. Concordamos con Borda en no distinguir, por ser lógico y justo, ambas situaciones, aparte de que la ley no hace diferencia alguna al respecto. Como dice Borda, el hecho de que la insolvencia haya sido posterior al pago no siempre significa negligencia por parte del codeudor que pagó y que luego no exigió a tiempo el reintegro; y sólo en caso de que la negligencia haya sido manifiesta, podrán los otros codeudores negarse a contribuir al pago de la parte del insolvente.

Por último, debemos señalar que, si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1204, relativo a la solidaridad (segundo párrafo del artículo 1181), y el primer párrafo del artículo 1181 del propio Código Civil, que soluciona con la metodología de la solidaridad los casos de indivisibilidad. Los mismos preceptos, salvo el segundo párrafo del artículo 1181, serían de aplicación si la relación obligatoria fuese indivisible y mancomunada.

851 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 59.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII
Reconocimiento de las obligaciones
(Artículo 1205)

Formas de efectuar el reconocimiento de una obligación

1. Fuentes nacionales del artículo 1205
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VII
RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

Artículo 1205.- El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1205

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a una forma legal determinada, podemos mencionar a las *Siete Partidas*, Ley 114, Título XVIII, Partida Tercera.

También puede mencionarse a la Ley 14 de *Partidas*, Título XII, Partida Quinta: «*E si por auentura muriesse alguno dellos, ante que se cumpliesse la condición, o que viniesse el día a que lo deuieran cumplir; los sus herederos, de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, para cumplir lo que fue prometido; maguer viniesse la condición, o el día, después de la muerte de qualquier dellos*»; a la Ley 11, Título XIV, Partida Tercera: «*Todo ome que faze pleito, o postura con otri, que lo faze también por sus herederos, como por sí; maguer ellos non sean nombrados en la postura*»; a la Ley 15, Título XI, Partida Quinta: «*Los herederos de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados para cumplir lo que fue prometido*»; y a la Ley 12, Título XI, Partida Quinta.

El *Fuero Real*, trataba el tema en la Ley 3, Título XI, Libro I: «*Si algun home ficiere Pleyto (contrato) derecho con otro, el que heredare lo suyo, quier sea fijo, quier otro, sea tenido de guardar el Pleyto, así como era tenido aquel que fizo el Pleyto*».

El artículo 1205 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 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 Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en tres preceptos, los artículos 191: «El reconocimiento es la declaración por la cual una persona manifiesta estar sujeta a una

obligación respecto de otra persona»; 192: «El acto de reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos»; y 193: «El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en los artículos 182: «El reconocimiento es la declaración por la cual una persona manifiesta estar sujeta a una obligación respecto de otra persona»; y 183: «El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1222: «El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1231: «El reconocimiento puede hacerse por testamento o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en el artículo 81: «El reconocimiento puede hacerse por testamento o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 84: «El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1226: «El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1173: «El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma».

2. Análisis

Antes de estudiar el artículo 1205 del Código Civil peruano, conviene señalar que respecto a la ubicación de esta norma como título integrante de la sección relativa a las obligaciones y sus modalidades —ubicación similar a la del Código Civil

de 1984—, se suscitó una discusión en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852, que dio origen al Código Civil de 1936. El debate fue motivado por las posiciones que asumían Pedro M. Oliveira y Manuel Augusto Olaechea. Luego de un arduo intercambio de opiniones, prevaleció la opinión de Olaechea debido a los siguientes fundamentos[852]:

> El doctor Oliveira impugnó la ubicación del presente Título en la Sección del Anteproyecto que se ocupa de las obligaciones y de sus modalidades, e hizo de paso la crítica de la metodología seguida por el Código argentino.
>
> Aquel Código incluye un Título semejante en la parte titulada De las obligaciones con relación a las personas, en la cual las obligaciones simplemente mancomunadas y las solidarias ocupan los dos primeros Títulos, tratando el tercero y último del reconocimiento de las obligaciones.
>
> Es indudable que ninguna relación lógica inmediata tiene el reconocimiento de las obligaciones con la obligación considerada en cuanto a las personas, y desde este punto de vista es que los expositores del Código argentino han señalado casi unánimemente la defectuosa ubicación de dicho Título.
>
> El plan que adopta el Anteproyecto difiere grandemente del plan argentino.
>
> Algo más todavía: el reconocimiento puede tener el sentido de fondo que le atribuye el Código alemán (artículos 780 y siguientes), según el cual el reconocimiento de las obligaciones se equipara a la promesa abstracta de deber, resultando incorporado el título respectivo después de la compraventa, del arrendamiento, de la transacción, de la indivisión, de la renta vitalicia y de otras figuras jurídicas, y antes de los mandatos de pago, de las obligaciones al portador, y de los actos ilícitos.
>
> Parece claro que el reconocimiento de las obligaciones puede cerrar, sin agravio de la lógica jurídica, la sección que se ocupa de las obligaciones y de las diversas modalidades que las obligaciones asumen, tanto porque el reconocimiento puede referirse no sólo a las obligaciones derivadas del contrato, sino en general a toda clase de obligaciones, sea cual fuere su causa, porque el reconocimiento puede asumir también cualquiera de las varias modalidades examinadas.
>
> Y, como ya tuve ocasión de decirlo: toda ubicación distinta puede suscitar fundadas observaciones, dados los aspectos diversos en que puede ser considerado el reconocimiento de las obligaciones.

852 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo segundo, p. 29.

Luego de la entrada en vigencia del Código Civil peruano de 1984, Max Arias-Schreiber Pezet[853] también cuestionó la ubicación del reconocimiento en el mencionado cuerpo legislativo, señalando que resulta discutible porque el reconocimiento constituye un medio de prueba para el acto o negocio jurídico, y no uno específico de las obligaciones, de donde se infiere que bien pudo haber sido considerado en el Libro II y no en el Libro VI del Código; agrega que, en efecto, su naturaleza como acto o negocio jurídico resulta evidente en la medida en que tiene como finalidad inmediata admitir la existencia de una obligación preexistente y someterse, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas derivadas de ésta.

Por nuestra parte, advertimos que el artículo 1205 del Código Civil peruano solamente se aplica si quien reconoce la existencia de una obligación es el deudor de ella. No hay reconocimiento alguno, obviamente, si quien lo hace es el acreedor, pues ello no sería relevante para que él o sus herederos dispusieran de este medio como adecuado para exigirla a su respectivo deudor.

Cabe aquí precisar que el reconocimiento de una obligación tiene determinados fines como, por ejemplo, aceptar la existencia de una obligación cuya ejecución puede ser, inclusive, de tracto sucesivo (como sería el caso de un contrato de arrendamiento en curso) que carece de título —esto es, de un documento, y se otorga tal documento—; o suscribir una nueva escritura pública de donación de un bien inmueble por haberse perdido la original (por ejemplo, un incendio en el archivo del notario), pues si no se extendió la original nada habría que reconocer, ya que el acto jurídico sería nulo por mandato del artículo 1625 del Código Civil; u otorgar un documento privado de reconocimiento de un mutuo, por haberse extraviado el documento original; o interrumpir una prescripción; etcétera.

A entender de Cazeaux y Trigo Represas[854], la figura del reconocimiento de la obligación es útil en los casos en que se ha perdido el instrumento original de la obligación o en el supuesto de que se halla próximo el cumplimiento de una prescripción; en cuanto a lo primero, el reconocimiento repara dicha pérdida, y en lo que atañe a lo segundo, el reconocimiento tiene la virtud de interrumpir la prescripción.

Por su parte, León Barandiarán señala que como el reconocimiento supone la referencia a una deuda anterior, debe, pues, hacerse indicación de tal deuda, tratándose del reconocimiento declarativo. Si no, se estaría dentro de la hipótesis del reconocimiento constitutivo, ajeno a la comprensión del artículo 1231 (hoy 1205)[855].

853 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

854 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 81.

855 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 220. Pero el propio León Barandiarán expresa que existen algunos supuestos que originan ciertas dudas.

Según Borda[856], los efectos del reconocimiento son fundamentalmente tres:

En primer lugar, sirve como medio de prueba de la obligación original. A entender de Borda, esto tendrá importancia decisiva si la obligación no puede probarse de otra manera, como ocurrirá en el supuesto de que no se hubiera otorgado ningún instrumento al tiempo de contraerse la obligación, o por haberse perdido el que se hubiera otorgado.

Luego, sirve para interrumpir el curso de la prescripción todavía no cumplida.

Y en tercer lugar, siempre siguiendo a Borda, diremos que si sobre los dos efectos antes mencionados no existen dudas, en cambio ellas se han suscitado con relación a la repercusión del reconocimiento sobre la prescripción ya cumplida; opina el citado tratadista que, a su entender, el reconocimiento de deuda importa siempre la interrupción de la prescripción, se encuentre ésta cumplida o no cumplida; agrega que en cualquier caso, el acto de reconocimiento será el punto de partida de una nueva prescripción, sobreentendiéndose que debe tratarse del reconocimiento de la obligación y no del hecho que la generó, ya que es perfectamente posible que el deudor diga que reconoce tal contrato o tal hecho ilícito, pero que añada que no debe nada porque la obligación está prescrita, caso en el cual, a decir de Borda, no hay reconocimiento de deuda, ni se purgan los efectos del transcurso del tiempo.

Busso[857], al tratar el tema del reconocimiento, expresa que cuando una persona se reconoce deudora de otra, sin ninguna otra indicación, y ese reconocimiento es aceptado por la persona a quien se reconoce como acreedor, se puede interpretar esta declaración de tres maneras: a) como una simple confesión que brinda al acreedor un medio de prueba sin asignarle por ello algún derecho nuevo; b) como un contrato distinto por el cual el deudor se compromete a no impugnar la confesión que él hace, sin que tal contrato implique una nueva deuda; y, finalmente, c) se puede ver el título creador de una deuda. A decir de Busso, en el primer caso el reconocimiento no es sino un medio de prueba, una confesión, en realidad, un acto unilateral; en tanto que en el segundo constituye una convención, una especie de contrato probatorio, que sólo se refiere a la prueba, pero que coloca al deudor en la necesidad de respetar su palabra; mientras que, en el tercero, por último, se trata de una verdadera promesa de deuda que se sustituye a la anterior y constituye una promesa abstracta.

Busso recoge una fórmula antigua según la cual se dice que «el reconocimiento rejuvenece la obligación demostrándola»; a lo que agrega que el reconocimiento, como acto jurídico, está dirigido a la conservación de la virtud jurídica de la relación reconocida.

856 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 502.

857 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 185 y ss.

Moisset de Espanés[858] se adhiere a la corriente que señala que el reconocimiento es una confesión. Así, sostiene que el deudor de una obligación confiesa que está obligado, que gravita sobre él un deber de cumplir una prestación a favor de otra persona. Sin embargo, señala que se ha discutido en la legislación argentina cuál es la naturaleza del reconocimiento: si es una simple confesión o puede ser una especie de compromiso en que la persona que aparece otorgando el acto de reconocimiento se compromete a no impugnar la obligación; manifiesta, confiesa, que le debe algo a otro y al mismo tiempo se compromete a no objetar, a no impugnar el título que puede tener el acreedor contra él. Hay otra posición, agrega el citado autor, un tercer punto de vista, según el cual el título de reconocimiento importa una nueva fuente, una nueva causa para la obligación, con prescindencia absoluta del título que primitivamente pueda existir.

Por otra parte, debemos señalar que el artículo 1629 del Código Civil peruano establece los límites de la donación, señalando que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento; agrega el citado numeral que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida, regulándose el exceso por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante. Ésta es la denominada donación inoficiosa. Algunos autores advierten que en múltiples oportunidades, a fin de burlar las disposiciones sobre la legítima hereditaria, se utiliza la vía del reconocimiento de las obligaciones a través de los testamentos, simulando la existencia de una deuda, con el propósito de obligar a los herederos forzosos a cumplir con ella respecto de terceras personas ajenas al proceso sucesorio, o incluso, persiguiendo el objetivo de mejorar la porción hereditaria de alguno de los herederos forzosos más allá del porcentaje de libre disposición del testador. Esto es lo que en doctrina se conoce como donaciones encubiertas, que incluso se realizan a través de actos *inter vivos*, por los más diversos motivos. En estos casos, el aparente reconocimiento encubre una disposición. Por nuestra parte, entendemos que, de responder dichos actos a simulaciones absolutas, serían absolutamente nulos. Sin embargo, admitimos que sería extremadamente difícil para los perjudicados probar tal situación.

Dentro de los reconocimientos impropios, también podemos comprender a las denominadas promesas de pago, las que presentan una relativa frecuencia en la práctica, y bajo la apariencia de un acto de reconocimiento se otorga un acto constitutivo de una obligación; se cita como ejemplo cuando el mutuatario establece implícitamente su promesa de pagar la suma que ha recibido bajo la fórmula «Reconozco haber recibido tal suma», o bien «Reconozco deber tal suma»; expresiones que equivalen a decir «Me comprometo a devolver o a pagar tal suma». Alterini, Ameal y López Cabana[859] denominan a este tipo de reconocimiento como

858 Moisset de Espanés, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 308.

859 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 72.

«abstracto», y señalan que está íntimamente emparentado con la promesa abstracta de deuda. A su vez, al reconocimiento explícito lo denominan «declarativo».

Por lo demás, debe distinguirse el reconocimiento de una obligación de la novación de una obligación (medio extintivo de las obligaciones regulado por los artículos 1277 a 1287 del Código Civil). Se reconoce una obligación para cualquiera de los fines señalados, pero aquí estamos hablando única y exclusivamente de una obligación (aquélla que es materia del reconocimiento), puesto que no se está creando una segunda obligación, sino únicamente reconociendo la existencia de una anterior. En el caso de la novación, cuando se nova se está sustituyendo una obligación por otra, ya sea por cambio de objeto, por cambio de causa fuente o de sujetos; vale decir que en la novación necesariamente estamos ante la presencia de dos obligaciones distintas (una que sustituye a la otra).

También debemos diferenciar el reconocimiento de una obligación de la confirmación de un acto jurídico, ya que en alguna época ambos conceptos fueron confundidos. Tal confusión es imputable a una interpretación errada de Pothier. Incurrió en ella al interpretar a Dumoulin en ciertos pasajes de su obra de comentarios a la *Coutume de Paris*.

El tema de la confirmación es regulado por el Código Civil peruano de 1984 en sus artículos 230 a 232, al finalizar el Libro II, relativo al acto jurídico. La confirmación de los actos jurídicos está dirigida no a la celebración de un acto nuevo, o como en el caso del reconocimiento, a reconocer la existencia de un acto, sino a que el agente que había viciado su voluntad, o, simplemente, el agente al que la ley facultaba para demandar la anulación judicial del acto, tenga la facultad de confirmar la validez de éste. Debemos recordar, en este punto que, como señala la doctrina, un acto anulable es un acto de validez actual, pero de invalidez pendiente, vale decir, un acto que surte sus efectos como si fuera plenamente válido, pero sobre el cual pesa la posibilidad de su anulación. Y su anulación no puede ser demandada por cualquiera de las partes, sino únicamente por aquélla a quien la ley faculta. Así, si dicha parte confirma el acto anulable, estará dotando a dicho acto de plena y permanente validez. Con la confirmación —expresa o tácita— se elimina aquella invalidez pendiente. Su validez se convierte en perpetua.

Cabe señalar, además, que un acto jurídico puede ser reconocido, pero dicho reconocimiento no implica, necesariamente, su confirmación, ya que una persona puede reconocer un acto que celebró mediando error o dolo —por citar dos ejemplos— y el reconocimiento puede no confirmar el acto celebrado. En este caso quien reconoce tendrá expedito su derecho para demandar la anulación del acto, o proceder —si así lo desea— a confirmarlo.

Respecto de la formalidad exigida por el artículo 1205 del Código Civil para efectuar el reconocimiento de una obligación, existen dos posiciones: una que avala la tesis del Código, ya que al verificar el reconocimiento la existencia de una obligación anterior, debe exigirse a las partes o sujeto, en singular, seguir la

GACETA JURÍDICA

formalidad que la ley impone para la celebración de dicho acto (se entiende que podría adoptarse una formalidad más rígida o que revista mayores seguridades). La ley impone formalidades justamente porque quiere que la parte o partes de un acto mediten lo suficiente respecto de éste y pueda ser probado de manera fehaciente, debido a que lo considera de trascendencia relevante.

De otro lado, podría sostenerse —y en la realidad de los hechos se sostiene— la inconveniencia de que el Código haya planteado, en su artículo 1205, que el reconocimiento de una obligación deba hacerse —si el acto original requería de alguna formalidad para su otorgamiento— de acuerdo con la misma formalidad originalmente impuesta por la ley. Se aduce, para ello, que se trata de un simple reconocimiento de algo que ya existía, y que no se está ante la celebración del acto mismo (para cuya realización o celebración oportunamente se adoptó la forma prevista por el legislador).

La Casación n.° 1626-01-Lima, de fecha 14 de diciembre de 2001, ha señalado lo siguiente: «Reconocimiento de obligaciones no exige una formalidad ad solemnitatem. Ratificación tácita. *Sexto.* [La] ratificación ha operado en el caso de autos tanto más si se tiene en cuenta que los actos jurídicos ratificados sobre otorgamiento de garantía prendaria, hipotecaria y reconocimiento de obligaciones no exigen una formalidad ad solemnitatem para su celebración sancionada con nulidad, por lo que la ratificación puede ser efectuada en forma consensual siendo por ende factible la ratificación de manera tácita».[860]

Por nuestra parte, consideramos acertado el primer criterio —el asumido por el Código Civil peruano—, ya que el segundo podría suscitar graves incertidumbres jurídicas. Concretamente nos referimos a la hipótesis de que se pudiese invocar cualquier reconocimiento —inclusive el oral— para exigir el cumplimiento de una obligación que hubiese requerido, para constituirla, de formalidades especiales; por ejemplo, de escritura pública.

Ahora bien, la norma estipula que existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto *mortis causa*; la segunda, por acto *inter vivos*.

Sobre el reconocimiento *inter vivos*, hay diferentes modos de realizarlo, entre otros, el reconocimiento por escritura pública, por carta notarial, por facsímil, por correo electrónico, e, incluso, el reconocimiento personal.

Cabe resaltar que, de la breve lista citada como ejemplo, el reconocimiento personal es el menos seguro, dado que no deja constancia alguna y, en consecuencia, es difícil, sino imposible, de probar. Esa dificultad probatoria otorga al deudor la posibilidad de arrepentirse y no sólo negar la existencia de la obligación, sino también la del reconocimiento que aduciría el acreedor.

860 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 899. [Texto correspondiente a la tercera edición]

De esta manera, pese a que la norma posibilita que el reconocimiento sea válido y, por consiguiente, genere efectos con la sola declaración del deudor de manera oral y sin testigos, en la práctica eso puede no servir de mucho al acreedor. Si el deudor se arrepintiera, el acreedor nuevamente tendría dificultades probatorias.

Un punto importante que debemos aclarar es que el legislador de 1984 cometió una equivocación al señalar, en el caso del reconocimiento *inter vivos*, que «si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma».

Así, el legislador ha utilizado erróneamente la expresión *obligación primitiva*, la cual no tiene cabida en el tratamiento normativo del reconocimiento, en tanto éste no supone la existencia de una obligación primitiva y una obligación posterior. En materia de reconocimiento hay una sola obligación, que es la que se reconoce, sin que ese reconocimiento genere el nacimiento de una obligación distinta a aquélla que se está reconociendo.

Esta confusión la observamos también en casos que han sido materia de pronunciamiento judicial, como el que expone la Casación n.º 2716-2012-Huánuco, de fecha 12 de julio de 2013, que señala: «*Octavo.-* Que, en el caso que nos ocupa el reconocimiento de la obligación a que alude el actor como causal de interrupción de la prescripción extintiva de su primera pretensión de nulidad de acto jurídico se da en la Escritura Pública de Ratificación de Hipoteca y Ampliación de Obligaciones celebrada el dieciséis de julio de dos mil dos la cual según precisa el recurrente significa el reconocimiento de la obligación contenida en la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca celebrada el diecinueve de junio de dos mil uno determinando no obstante la instancia superior (*sic*) que la Escritura Pública de Ratificación de Hipoteca y Ampliación de Obligaciones acorde a lo establecido por el artículo 1205 del Código Civil no constituye un acto de reconocimiento de la obligación sino un acto bilateral por medio del cual se ratifica la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca siendo esto así resulta necesario proceder a analizar la infracción normativa material del precitado artículo 1205 del Código Civil pues si no hay reconocimiento de la obligación tampoco hay interrupción del plazo para que opere la prescripción de la primera pretensión de nulidad de acto jurídico».[861]

El reconocimiento no constituye un acto generador de obligaciones. El reconocimiento es un acto por el que se admite la existencia de una obligación, sin que ello signifique la modificación de sus términos.

861 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 372. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2716-2012-Huanuco-LPDerecho_.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

En lo que concierne al reconocimiento *mortis causa,* es conveniente advertir que podríamos denominarlo como *reconocimiento testamentario*, en la medida en que únicamente se puede realizar a través de un testamento.

Así las cosas, conviene repasar algunas ideas básicas respecto de la figura del testamento, señalando que éste consiste en un acto que también se conoce con el nombre de acto de última voluntad; ello, porque se mantiene hasta la muerte del testador como la voluntad vigente. En el testamento se encuentra declarada la última voluntad del testador; no importa cuándo se otorgó, lo que sí importa es que nunca se haya revocado. Puede haberse otorgado el día anterior a la muerte, un año o cincuenta años antes, ya que eso no resulta relevante, pues los efectos serán los mismos.

En el Perú los testamentos se caracterizan por ser personales, de modo que es jurídicamente imposible otorgar un testamento conjunto o grupal. Un acto así carecería de validez.

Principalmente, y más allá de las formas especiales de testamento reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil de 1984 reconoce tres formas de otorgar testamento. Así, conforme a nuestro sistema, una persona puede optar por otorgar un testamento ológrafo, un testamento por escritura pública o un testamento cerrado[862].

862 El testamento ológrafo es el otorgado de puño y letra del testador, fechándolo y agregando su firma. Ese testamento no pasa por ningún notario o por ninguna otra formalidad para ser válido, pero para ser eficaz debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.
El testamento por escritura pública es aquél que se otorga ante notario público y con la presencia de dos testigos. El notario redacta de puño y letra el acto testamentario y las disposiciones testamentarias, el testador firma cada página, al igual que los testigos y el notario. El testamento es elevado a escritura pública y conservado en la notaría. Se inscribe en el Registro la anotación de que el testador, en efecto, otorgó el testamento, mas no se señala el contenido de éste, el cual es reservado hasta la muerte del testador.
El testamento cerrado viene a ser una suerte de figura intermedia entre los dos anteriores, en tanto en él convergen elementos y características de aquéllos. El Código Civil, en su artículo 699, impone una serie de formalidades que debe reunir este testamento para ser válido.
En primer lugar, el documento en que ha sido extendido debe ser firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si lo hubiera escrito con su puño y letra. El documento, además, debe ser colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído sin rotura o alteración de la cubierta.
En segundo lugar, el testador debe entregar personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
En tercer lugar, el notario debe extender en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador (quien se quedará con una copia certificada del acta), los testigos y el notario. Asimismo, el notario debe transcribir dicha acta en su registro, firmándola las mismas personas.
En cuarto lugar, se exige que tanto el segundo como el tercer requisito se desarrollen y cumplan en un mismo acto.
Por último, y conforme a lo dispuesto en el artículo 701, el notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto

En su testamento el testador puede referirse a cuestiones de diversa índole. Así, el testador puede declarar su última voluntad respecto de asuntos personales, familiares, patrimoniales o lo que desee.

Por acto *mortis causa*, entonces, sólo podrá realizarse el reconocimiento a través de testamento, por el que el deudor admita la existencia de una obligación, vale decir, de una deuda respecto de uno o de varios acreedores.

Sobre esto debemos formular algunas precisiones. Si esta fuera la forma adoptada para reconocer la existencia de la obligación, resulta evidente que el reconocimiento no surtiría efectos para quien contrajo la obligación, sino para sus herederos o legatarios, dada la circunstancia de que solamente operará tal reconocimiento al producirse la muerte del causante. Resulta evidente, además, que si la obligación cuya existencia se reconoce reviste la característica de ser *intuitu personae*, su ejecución resultará imposible por los herederos o legatarios del causante, y se resolvería en una indemnización de daños y perjuicios, naturalmente si éstos se hubiesen producido.

Sin embargo, éstas no serían, necesariamente, las consecuencias en caso de que la obligación hubiera sido reconocida por la vía testamentaria. Podría ocurrir que se tratara de un testamento otorgado por escritura pública, cuya exhibición por el notario se obtuviera. Se supone, en el caso propuesto, que el reconocimiento no necesita de formalidad alguna. En esta eventualidad, si bien es cierto que se trataría de un acto *inter vivos,* tal reconocimiento surtiría efectos y la obligación no tendría que ser cumplida necesariamente por los herederos o legatarios, sino por el propio deudor.

Empero, sobre este punto no existe unanimidad de criterios, ya que también se sostiene que un reconocimiento testamentario no podría jamás surtir efectos en vida del otorgante, pues los testamentos son actos de última voluntad que sólo generan consecuencias a la muerte del causante. Es decir que en buena cuenta un reconocimiento testamentario, si se pretendiese su validez en vida del otorgante, haría que se desnaturalice la propia institución del testamento.

En cambio, de haberse reconocido la existencia de la obligación por acto *inter vivos,* su ejecución sí sería factible de cumplirse por el propio deudor, sea la obligación *intuitu personae* o no. Resulta también evidente que de haberse reconocido una obligación por acto entre vivos y fallece el deudor que ha reconocido la existencia de la obligación sin haber ejecutado todavía dicha obligación, ésta deberá ser cumplida por sus herederos o legatarios, a menos de tratarse de una

el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último. La resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios. La ley peruana hoy permite que el testamento cerrado, luego de cumplirse los requisitos que ella exige, también pueda ser abierto por el notario.

obligación *intuitu personae,* en cuyo caso surgen dos hipótesis. La primera, que el deudor fallezca después de reconocida la obligación, pero antes del plazo para su cumplimiento, evento en el que ni se transmite a sus herederos, ni éstos están obligados a pagar daños y perjuicios. La segunda, que el deudor incumpla su obligación *intuitu personae*, y que luego fallezca sin haber resarcido los daños y perjuicios ocasionados a su acreedor. En este caso, los daños y perjuicios deberán ser asumidos por sus herederos[863].

Debemos dejar en claro, por otra parte, que el acto de reconocimiento no es constitutivo sino meramente declarativo, pues a pesar de no haber sido aún reconocida, la obligación ya existía antes del reconocimiento. El único problema es uno de ejecución, ya que al no constar en ningún instrumento la existencia de la obligación, y al no haber cumplido el deudor, el acreedor o acreedores de ésta no tendrían forma de ejecutarla coercitivamente[864].

Debemos ahora hacer hincapié en la importancia de la última parte del artículo 1205 del Código Civil peruano, bajo comentario, en el sentido que de realizarse el reconocimiento por acto *inter vivos*, dicho reconocimiento deberá practicarse en la misma forma prescrita para la constitución de la obligación, de exigirse formalidad para tal efecto.

Esto quiere decir que si no hubiese forma alguna establecida para la constitución de la obligación, el deudor que reconoce la obligación no deberá cumplir ninguna formalidad, pudiendo reconocerla por la vía que estime más conveniente. A entender de Raymundo M. Salvat[865], si bien es cierto que el reconocimiento de una obligación podría hacerse verbalmente, debe observarse, ante todo, que un reconocimiento de esta naturaleza sería de una mínima eficacia práctica, puesto que la prueba de él quedaría librada a la buena voluntad del otorgante y a todas las contingencias e inseguridades de ella; siendo raro, por consiguiente, que una persona exigiese al deudor el reconocimiento de una obligación y se conformase con un reconocimiento puramente verbal. Es verdad, como dice Salvat, que tal forma de reconocimiento es absolutamente desconocida en la práctica. En buena cuenta, como señala el propio Salvat, la eficacia del reconocimiento verbal estaría dada por el valor jurídico del medio de prueba empleado para justificarlo.

863 Un claro ejemplo de un no reconocimiento de obligación por acto inter vivos podría ser el realizado a través de una carta notarial. La jurisprudencia nacional sobre este particular ha señalado que: «El banco pasa a sus clientes su estado de cuenta corriente pidiéndoles su confirmación y las observaciones a que hubiere lugar en un plazo determinado; si durante ese lapso el cliente no responde, se da por reconocida dicha deuda, girándole por el saldo una letra de cambio. No se da por reconocida la deuda si el cliente demuestra su disconformidad a través de una carta notarial cursada al banco» (Expediente n.º 1050-1995-Lima. Ramos Bohórquez, Miguel. *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia civil.* Lima: s/e, s/a, p. 375).

864 Sin embargo, hay autores que sostienen que el reconocimiento también puede ser constitutivo de obligaciones, como es el caso de Ángel Gustavo Cornejo (Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 208 y ss.).

865 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 163.

De lo contrario, si la ley exigiese una formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem* para la constitución de la obligación, dicho deudor deberá, necesariamente, seguir tal formalidad prevista por la ley para ese efecto.

Supongamos que se estuviese reconociendo la existencia de un contrato de donación, en el cual quien reconoce la obligación, esto es, el donante, es el deudor de un bien inmueble. Como el Código Civil exige para la donación de bienes inmuebles el requisito de la escritura pública (artículo 1625), el deudor tendrá, necesariamente, que utilizar dicha formalidad para efectuar el reconocimiento. De lo contrario, éste carecerá de valor.

La razón de esta norma es la misma que aquella que establece las formalidades para los actos originarios: otorgar a los contratantes (en este caso al deudor) la posibilidad de meditar sobre el acto que están celebrando, dada su importancia, y conferir seguridad al acto jurídico.

En la jurisprudencia, podemos observar también en la Casación n.° 3901-2014-Lima Norte, de fecha 10 de agosto de 2015, el tratamiento que se le ha dado a la disposición sobre la forma del reconocimiento de la obligación, «*Tercero.*- Que, valoradas las pruebas y compulsados los hechos expuestos, mediante sentencia de primera instancia de fojas setecientos trece, de fecha dieciséis de abril del dos mil trece, se declara infundada la demanda que corre a fojas sesenta y siete, interpuesta por Remigio Huayanay Gamarra; basándose en los siguientes argumentos: 1) El consentimiento de la Comunidad Campesina está representado por la manifestación de su representante legal quien se obliga respecto de una prestación; siendo que la causa por la cual la Comunidad se obliga se encuentra en el acuerdo de la Asamblea (máximo órgano); 2) El artículo 138 del Código Civil (la Asamblea General es el órgano supremo de las comunidades) y el artículo 18 inciso h) de la Ley General de Comunidades Campesinas — Ley número 24656 (son atribuciones de la Asamblea General: ...autorizar las solicitudes de crédito y celebrar contratos de endeudamiento con bancos y entidades financieras nacionales y extranjeras). De no existir autorización la Comunidad no se encuentra obligada. Por analogía debe aplicarse lo expuesto a las personas naturales (aplicando el artículo IV Título Preliminar del Código Civil, ya que el artículo 18 inciso h) no establece excepción ni restringe derecho); 3) El artículo 2 del Reglamento General de Comunidades Campesinas determina que el Presidente de la Directiva Comunal es el representante legal y como tal está facultado para ejecutar todos los actos de carácter administrativo, económico y judicial. Ejecuta actos que la Asamblea le ha encomendado, no obliga a la Comunidad con su sola voluntad; 4) Según lo establecido en el artículo 1205 del Código Civil, el reconocimiento de una obligación por parte de la Comunidad tiene que efectuarse guardando la misma formalidad, esto es, mediante Asamblea. Por lo que el Presidente de la Comunidad tampoco puede reconocer unilateralmente obligaciones por sí solo; 5) En la Conciliación Judicial el Juez actúa como un tercero ajeno al proceso y a las partes, el juez se vuelve un conciliador, entendiéndose a la conciliación no como una actuación

jurisdiccional porque de entenderse así el juez tomaría en cuenta lo expuesto en ella al emitir sentencia, si es que no se llega a conciliar; siendo que lo alegado en dicho momento tuvo como fin conciliar y no seguir con el desarrollo del proceso, no teniendo mérito para emplearlo en el extremo de negar o debilitar la defensa de las partes. Lo actuado en la conciliación no obliga al Juez, ni forma parte de su decisión; 6) Para que un Presidente de Comunidad pueda conciliar respecto de una obligación, en primer término la misma debió haber sido aprobada por la Asamblea o efectuar ella su reconocimiento; y 7) La parte demandante no ha probado que la obligación que contrajo la Comunidad demandada haya sido aprobada o autorizada por la Asamblea de la Comunidad. Lo dicho por el Presidente de la Comunidad en la Audiencia de Conciliación (fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos), de manera unilateral, no obliga al Juez a tomarlo en consideración como fundamento para resolver, más aún si lo dicho también resulta ser un acto unilateral».[866]

Por otra parte, compartimos el criterio de Ángel Gustavo Cornejo[867] en el sentido de que si alguien reconoce una deuda a su cargo se parece a aquel en que alguien se asiente en hechos de los cuales puede deducirse directamente una deuda. Agrega Cornejo que, sin embargo, semejante acontecimiento concerniente a hechos se distingue de un reconocimiento que apunte directamente a una deuda en que mientras el reconocimiento tiene eficacia porque el autor quiere hacerlo, el asentimiento relativo a hechos tiene eficacia también sin o incluso contra la voluntad manifiesta de su autor; y que, por consiguiente, un asentimiento puede tener consecuencias jurídicas, aun cuando su autor no tuviera capacidad negocial. Y lo que es más importante aún: el asentimiento no tiene fuerza obligatoria, sino simple efecto probatorio, es decir, caduca tan pronto como se haya comprobado su falsedad.

Otro tema que merece estudio en relación con el reconocimiento de las obligaciones se presenta cuando el título del reconocimiento aumenta la deuda originaria, es decir, cuando no sólo se reconoce la obligación preexistente, sino que además se le señala un monto mayor.

A decir de ciertos tratadistas, el reconocimiento, por definición, no modifica la obligación reconocida; observan que reconocer es admitir algo que existe, tal como existe, es decir, no crear lo que no existe ni modificar lo que existe de otro modo; concluyen que, si el acto modifica a la obligación, deja de ser reconocimiento y esto no puede presumirse, razón por la cual consideran que el reconocimiento otorgado por mayor cantidad sólo vale por el importe que resulte del título primordial. Sin embargo, nosotros complementaríamos tal razonamiento

866 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 372. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3321-2013-Lambayeque-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

867 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 208 y ss.

precisando que, si bien es cierto que se considerará reconocimiento sólo hasta el monto de la cantidad originalmente debida, podría estimarse, con todo derecho, que el exceso en el reconocimiento, si bien no es tal, es o resulta siendo la constitución de una nueva obligación, cuyo monto se limita al exceso de lo reconocido (lo que equivale decir al exceso de la deuda preexistente).

En este orden de ideas, Busso[868] opina que la naturaleza jurídica del acto por el que se reconoce y agrava la deuda varía según cuáles sean las peculiaridades propias a la agravación que se pacta. A entender del citado autor: (a) si se convienen condiciones más onerosas o se modifica la antigua deuda en alguno de sus elementos esenciales, habrá una novación; (b) si a la deuda reconocida se le acumula una nueva deuda, sin que se modifiquen las condiciones en que aquélla se debía, el acto jurídico será complejo; se hallará integrado por dos actos simples: el de reconocimiento y el de constitución de la nueva deuda, no obstando a esta dualidad sustancial el hecho de que el documento instrumental de la obligación sea único y exprese sin discriminación alguna el monto total (como sería, por ejemplo, el compromiso de pagar en que se incluye el capital que se reconoce y los nuevos intereses que se le acumulan).

Así, a entender de Busso, para decidir en cada caso si se trata de un mero reconocimiento, o de un acto creador de nuevas obligaciones, deberá estarse al contenido del instrumento y a las circunstancias que rodearon el otorgamiento de éste; agrega que en todos los casos en que la deuda resulte aumentada a través de un acto que al mismo tiempo que reconocerla la incrementa con nuevos rubros, corresponde al acreedor probar la causa jurídica de ese aumento.

Otro tema que nos plantea Busso[869] es el relativo al reconocimiento en virtud de un título por el cual se reconoce un monto menor de la deuda; recuerda que en el Derecho francés el punto se resuelve con la prevalencia del monto señalado posteriormente. En el Derecho argentino, Machado distingue entre si el reconocimiento es por suma menor a la deuda original y ésta se hallaba prescrita, caso en el cual considera que la obligación subsiste por el importe comprendido en el reconocimiento; y si la deuda no estuviere prescrita, el reconocimiento de ella no puede verse limitado por el hecho de que el reconocimiento mencione suma menor. En opinión de Busso, esto, en definitiva, importa dar preferencia al título original y prescindir del de reconocimiento, pues aun en el caso en que se acepte la disminución de la deuda, ello ocurre no porque el reconocimiento consigne suma menor, sino porque ha prescrito la mayor suma del título original. Busso recuerda que, en cambio, Héctor Lafaille considera que, si el título nuevo disminuye, la obligación debe prevalecer sobre el anterior.

868 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 225.
869 *Ibidem*, pp. 225 y 226.

En opinión de Busso, debe preferirse el título original, por varias razones. La primera, porque constituye el documento en el cual la deuda está encarnada y, por lo tanto, su valor como título y como prueba es superior; mientras que la segunda es porque al constituirse y documentarse el vínculo, el deudor queda obligado por el importe que consigne el título. Así, si con posterioridad pretende que su deuda es menor, deberá probar que ha habido extinción parcial, o que ha existido error o simulación en la suma consignada. A entender del autor citado, la extinción parcial deberá probarse por alguno de los modos permitidos por la ley, como podría ser un recibo, un documento en que conste la condonación, la novación, etcétera; pero agrega que el solo documento de reconocimiento no puede producir ese efecto, ni siquiera en los casos en que el acreedor haya concurrido a su otorgamiento, mientras no se justifique el *animus novandi*, el *animus remitendi*, etcétera. Además, precisa que también estará a su cargo el *onus probandi* si el acreedor sostiene que medió error en el otorgamiento del título primordial, ya que el solo hecho de haberse otorgado un título posterior de reconocimiento por una suma menor no es prueba suficiente de ese error, pues a lo más podrá constituir un indicio o presunción, que debe resultar confirmado por otras circunstancias. Por último, en su opinión, si el deudor pretendiese que la suma consignada en el documento original fue simuladamente abultada, la prueba deberá hacerla con el contradocumento correspondiente.

Por otra parte, conforme lo señalan Cazeaux y Trigo Represas[870], diremos que se discute en doctrina si el reconocimiento es un acto a título gratuito o a título oneroso. Como expresan los citados tratadistas, la cuestión no es meramente didáctica, puesto que el régimen jurídico aplicable en materia de las acciones de revocación o de reducción de que puede ser pasible, y el que corresponde en Derecho Tributario, no es el mismo.

Cazeaux y Trigo Represas recuerdan que para Busso el reconocimiento es un acto a título oneroso, pues tiene como causa el cumplimiento de un deber de conciencia, y quien cumple un deber de esta índole, nada dona, nada obsequia, limitándose a ajustar su conducta a la ley moral que subyace bajo la norma jurídica. En cambio, Borda se inclina en el sentido de que la figura materia de estudio no es gratuita ni onerosa, sino que participa del acto de cuya naturaleza está impregnada; precisa Borda que, sin embargo, lo que está en cuestión no es la naturaleza del acto originario, sino la del reconocimiento en sí mismo; concluye dicho autor, en lo que respecta al reconocimiento, que a pesar de que se lo haga sin contraprestación, ello no lo convierte en un acto a título gratuito.

Por otra parte, entienden Cazeaux y Trigo Represas que el reconocimiento testamentario, en cambio, debe presumirse como un legado, salvo que el beneficiario pruebe que se trata de un real reconocimiento de deuda, debiendo considerarse un acto a título gratuito.

870 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 83.

En nuestra opinión, no puede hablarse propiamente de que el reconocimiento sea un acto gratuito u oneroso. El reconocimiento es un acto gratuito. Lo que ocurre es que otorga actualidad y medios probatorios al acreedor para hacer exigible una obligación a cumplir por parte del deudor que reconoce su obligación. Y es evidente que dicha obligación a cumplir representará un detrimento patrimonial en perjuicio del deudor.

De otro lado, Albiez Dohrmann[871] hace referencia al reconocimiento positivo o negativo. Sostiene que se llama reconocimiento positivo al reconocimiento de deuda que hace el deudor frente al acreedor afirmando su existencia. Reconocimiento negativo es aquél en el que el acreedor reconoce la inexistencia de la deuda. Así, esta última modalidad es un supuesto poco frecuente en la práctica civil.

Por lo demás, es evidente que si fuese el acreedor quien reconociera la existencia de una obligación, dicho reconocimiento sólo será relevante en cuanto pruebe a favor del deudor, vale decir, cuando éste último decida emplearlo como medio probatorio precisamente en contra del acreedor que efectúa tal reconocimiento.

Para concluir el tema del reconocimiento de las obligaciones, nos queda revisar cómo funciona cuando la obligación que se reconoce es solidaria, para lo cual debemos recordar lo dispuesto en el artículo 1199 del Código Civil:

> Artículo 1199.- El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.
>
> Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros.

Como se ve, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto y benefician a todos los acreedores solidarios y no únicamente a aquél en cuyo favor se efectuó.

Así, en tanto el reconocimiento es un acto voluntario y personal, sus efectos recaen sólo sobre el codeudor que lo realiza. Los codeudores de quien reconoce una obligación no tienen por qué verse afectados por un acto en el que no han tenido participación alguna.

Ello cambia cuando la solidaridad es activa, pues el reconocimiento del deudor común afecta a todos los acreedores solidarios y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Tal como hemos resaltado al estudiar tanto la renuncia a la prescripción como el reconocimiento, el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna sólo se beneficie uno y se perjudiquen los demás.

871 Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada: Comares, 1997, p. 406.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VIII
Transmisión de las obligaciones
(Artículos 1206 al 1217)

Cesión de derechos. Definición
1. Fuentes nacionales del artículo 1206
2. Análisis

Formalidad de la cesión de derechos
1. Fuentes nacionales del artículo 1207
2. Análisis

Derechos que pueden ser cedidos
1. Fuentes nacionales del artículo 1208
2. Análisis

Cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario
1. Fuentes nacionales del artículo 1209
2. Análisis

Ineficacia de la cesión
1. Fuentes nacionales del artículo 1210
2. Análisis

Extensión de la cesión de derechos
1. Fuentes nacionales del artículo 1211
2. Análisis

Garantía del derecho cedido
1. Fuentes nacionales del artículo 1212
2. Análisis

Garantía de la solvencia del deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1213
2. Análisis

Cesión legal. Efectos
1. Fuentes nacionales del artículo 1214
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inicio de los efectos de la cesión

1. Fuentes nacionales del artículo 1215
2. Análisis

Excepción de la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación

1. Fuentes nacionales del artículo 1216
2. Análisis

Prelación en la concurrencia de cesionarios

1. Fuentes nacionales del artículo 1217
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VIII
TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO ÚNICO
CESIÓN DE DERECHOS

CESIÓN DE DERECHOS. DEFINICIÓN

Artículo 1206.- La cesión 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.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1206

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trataba el tema en el artículo 891: «El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión de derechos que su acreedor hace a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que antes de la aceptación pudo oponer al cedente».

El Código Civil de 1852 no legislaba esta materia.

El Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el tema en su artículo 2929: «Si la cosa recibida por el acreedor es un crédito a favor del deudor, deben observarse las reglas de la cesión de derechos»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 245: «Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 234: «Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1265: «Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos»; y el Código Civil de 1936, en sus artículos 1275: «Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos»;

LEYSON CASTILLO FREYRE

y 1456: «El acreedor puede ceder su crédito, si a ello no se opone la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, este tema no registra antecedentes en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980. Conviene mencionar, en este punto, que el Anteproyecto sobre cesión de derechos no fue preparado por los autores citados. Esta aclaración es válida para el precepto bajo comentario y la hacemos extensiva al tratamiento de todas las fuentes nacionales de los artículos 1207 a 1217.

Finalmente, debemos señalar que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 sí reguló la institución, y lo hizo en el artículo 1227: «La cesión es el modo como el cedente transfiere al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, aun sin el asentimiento de éste»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hizo en el artículo 1174: «La cesión 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.— La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».

2. Análisis

2.1. Concepto

Antes de emitir nuestra propia opinión sobre la cesión de derechos, consideramos conveniente, para ilustración del lector, reseñar el pensamiento de calificados juristas respecto a tan importante materia.

Colin y Capitant[872] señalan que por ser la obligación una relación entre dos personas que se manifiesta en un poder de disposición, concedido al acreedor respecto del deudor y que le permite sujetar a éste a una prestación ventajosa para él, pareciera, por ello, que, naturalmente y por definición, la obligación no fuese susceptible de transmitirse de una persona a otra, ya activamente, ya pasivamente. Agregan los citados tratadistas, que esta idea de intransmisibilidad se presenta tanto más al espíritu cuanto que la obligación, en defecto de cumplimiento voluntario, se manifiesta por una coacción ejercida sobre la persona del deudor; coacción que ha producido durante mucho tiempo penas contra el deudor recalcitrante o insolvente, como fueron su muerte, su mutilación, su reducción a esclavitud o a una condición parecida a la esclavitud, por todo lo cual, las relaciones de obligación aparecían como constituidas esencialmente *intuitu personae*, entendiéndose que importaba al deudor tener frente a sí a un acreedor más compasivo, menos riguroso, y no a uno que fuese todo lo contrario. Añaden Colin y Capitant que,

872 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 339 y 340.

sin embargo, esta concepción, correspondiente a la de las sociedades primitivas, cedió el puesto a la contraria: la de la transmisibilidad de las obligaciones, eliminándose cada vez más de las relaciones de derecho la personalidad del deudor y la del acreedor, razón por la cual la obligación, ya desde el punto de vista activo, ya desde el punto de vista pasivo, sólo es considerada hoy por su resultado, es decir, como un elemento del activo o del pasivo del patrimonio, como un valor, tan racionalmente transmisible como los otros valores, como los derechos reales y, sobre todo, como la propiedad.

A entender de Colin y Capitant[873], la transmisión de créditos entre vivos es una operación relativamente moderna. No se conoció durante mucho tiempo otro modo de sustitución de un acreedor por otro que la delegación novatoria, procedimiento que exige el consentimiento del deudor; encontrándose más tarde otro expediente que permitía realizar una cesión de crédito, que fue el *procuratio in rem suam*, en la que el acreedor concedía mandato a un tercero (el cesionario) para que procediera en su lugar contra el deudor, dispensando al *procurator* de la obligación de rendir cuentas; observan que en este procedimiento la intervención necesaria del deudor subsiste, pues, en efecto, la transmisión del crédito sólo se verifica por la *litis contestatio* establecida entre el *procurator* y el deudor.

A su turno, De Ruggiero[874] afirma que el expediente al que recurrieron los romanos para hacer posible a quien tenía un crédito —sin extinguir ni novar la obligación— transferirlo a otra persona, consistió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en *procurator* o *cognitor* del cedente, se facultaba al representante para ejercitar el derecho en su propia ventaja y para retener para sí el importe de lo cobrado; agrega De Ruggiero que más tarde, para eludir los graves inconvenientes de esta institución —que no transfería irrevocablemente el crédito al *procurator*, sino en el momento de la *contestatio litis*—, se apeló al recurso de la concesión de la *actio utilis* al cesionario; en virtud de esta concesión, quedaba siempre titular de la obligación el acreedor, pero el ejercicio del derecho se transfería al cesionario, quien podía dirigirse, sin necesidad de previo mandato, con acción propia e independiente, contra el deudor cedido.

Así, según el citado tratadista, la transmisión del crédito a título singular es un fin que se realiza directamente merced a un negocio jurídico especial, que es la cesión en sentido abstracto y técnico; siendo, a decir de De Ruggiero, en ambos sentidos, la cesión una forma de transmisión de los créditos, como lo es la *traditio* en orden a los derechos reales (por lo menos en lo que ésta puede realizar sus funciones en el Derecho actual); pero comoquiera que la *traditio* debe tener una *iusta causa*, también la cesión debe basarse en una causa, ya que sin ella sería estéril; y como la cesión puede ser voluntaria y necesaria, según derive de una

873 *Ibidem*, p. 341.

874 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 195 y ss.

convención libre de las partes, o ser coactivamente impuesta por la ley, su causa será, en esta última, el precepto legal mismo, y en aquélla un negocio jurídico que podrá ser ya un acto a título gratuito (donación), ya un acto a título oneroso (compraventa, permuta), tanto la constitución de una relación obligatoria cuanto la resolución de una relación preexistente (pago).

Consiste la cesión voluntaria, según De Ruggiero, en una convención entre el acreedor y un tercero, dirigida a transmitir y adquirir, respectivamente, el crédito, fundada en una *iusta causa*, que representa el fin económico de la transmisión, razón por la cual la cesión se considera en sí un negocio jurídico causal, distinto del negocio que le sirve de base.

Weill y Terré[875] entienden que el germen de la cesión moderna se encuentra en la *procuratio in rem suam*, que fue un segundo paliativo de la intransmisibilidad de los créditos, supuesto en el cual el acreedor ordenaba a un tercero —el cesionario— para que demandase judicialmente al deudor; y, dispensado el procurador para rendir cuenta, él podía conservar el pago que había obtenido. Pero consideran los autores citados que todavía era insuficiente el procedimiento, pues también implicaba la intervención necesaria del deudor, produciéndose la transferencia del crédito solamente por la *litis contestatio*, relacionando al procurador y al deudor. Hasta aquí el procurador era mandatario, expuesto a la revocación del mandato o a su caducidad después del deceso del mandante.

Según Weill y Terré, posteriormente se admitió la cesión por el simple convenio entre el cedente y el cesionario, adquiriendo —este último— derecho contra el deudor cedido desde el momento de la celebración del convenio, precisando que únicamente para respetar el principio de incesibilidad, se admitió que éste ejerciera la acción del cedente «bajo forma útil».

Fue el Código Napoleón el que rompió con esta tradición, reconociendo y reglamentando la cesión de créditos, la que, con la extensión del comercio, el Derecho moderno desarrolló conceptualmente y aumentó sus efectos, en especial con la creación de los títulos valores.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[876], la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor, y, por su condición de contrato, es ineficaz la declaración unilateral de cesión si no es seguida de la aceptación.

Resulta sumamente importante la precisión que efectúan, cuando señalan que el contenido de este contrato es la transmisión del derecho de crédito, razón por la cual, la cesión no ha de confundirse con el contrato por el cual se asume

875 Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 939-941.

876 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 382.

una obligación de ceder, citando, por ejemplo, la venta del crédito. Verdad es que con frecuencia la cesión va unida externamente a este negocio básico (e incluso en la venta del crédito va implícito, por regla general, un contrato tácito de cesión); pero, aunque así sea, la cesión es un contrato abstracto. El convenio sobre el fin no forma parte, en modo alguno, del contrato de cesión, de donde se sigue que para probar la cesión basta demostrar que se ha declarado mutuamente la voluntad de ceder.

A decir de De Ruggiero[877], el efecto de la cesión es el de hacer entrar al cesionario en el lugar del cedente, sin cambio alguno en la primitiva obligación. Para Louis Josserand[878], cuando se cede un crédito, el adquirente, al que se llama cesionario, se coloca en el lugar del antiguo acreedor, el cedente; y así, habiendo cambiado el titular del derecho, no cambia el derecho mismo, que continúa idéntico. A entender del profesor De Souza Levenhagen[879], la cesión de crédito es un acto *inter vivos* por el cual alguien se priva de un derecho suyo en beneficio de otro, o por el cual se transmite un crédito a un nuevo acreedor, siendo, por lo tanto, una operación jurídica consistente en transmitir un crédito de su titular a otro, correspondiendo, de esta manera, una transferencia de propiedad.

Según Llambías[880], la cesión de crédito es un convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a investir la calidad de acreedor, en sustitución de aquél. Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[881] acogen la definición que da De Gásperi sobre el particular. Este autor define a la cesión de créditos como «[...] la convención por la cual el titular de un derecho creditorio, llamado cedente, por una causa conforme a la ley, como la venta, la dación en pago, la permuta o la donación, y sin necesidad de consentimiento del deudor, se obliga en favor de otra persona, llamada cesionario, a transferírselo con la fuerza inherente al título del cual resulta el crédito, y los derechos accesorios, con la facultad de ejercerlos en idéntica medida que él podría hacerlo, contra el deudor cedido».

De otra parte, Valencia Zea[882] entiende que la cesión de crédito mediante transmisión voluntaria es un negocio jurídico de disposición, en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un nuevo acreedor, y es un negocio jurídico que se celebra entre dos personas: el cedente (titular del crédito) y el cesionario (adquirente del crédito).

877 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 203.
878 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 642.
879 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 195.
880 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 13.
881 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 7 y 8.
882 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 393.

Starck, Roland y Boyer[883] definen a la cesión de crédito como el contrato por el cual el titular, actual o cedente, transmite un crédito a otra persona, es decir, al cesionario. Este último adquiere así los derechos que el cedente tenía contra el deudor, llamado deudor cedido. También hacen referencia a la utilidad de la hipótesis más común de cesión: aquélla que se produce a título oneroso, considerándola como un mecanismo que presenta múltiples ventajas. Señalan que es, en primer lugar, una operación muy útil para el acreedor actual, futuro cedente. Al estar compuestos los caudales esencialmente de créditos contra el Estado, las colectividades públicas, las sociedades, y de ser estos créditos a plazos, puede ocurrir que el titular de los mismos tenga necesidad de dinero antes de su vencimiento. De esta forma, él podrá procurarse la disponibilidad de dinero inmediatamente, vendiendo su crédito antes de que éste se vuelva exigible; a lo que se podría agregar que mediante la cesión el acreedor se ahorra las eventuales molestias y gastos de un proceso de cobranza.

Como otro argumento a favor de la cesión de créditos, Starck, Roland y Boyer señalan que también se observa una ventaja por el lado del futuro acreedor, es decir, el cesionario, quien puede buscar una nueva inversión (un crédito cuyo deudor sea solvente presenta plena garantía) o, al contrario, especular o comprar por debajo del valor nominal un crédito dudoso. Los autores citados expresan, además, que de manera general, a semejanza de la compensación y de la novación, la cesión de créditos tiene por efecto simplificar las operaciones jurídicas; y como muy a menudo una persona es acreedora por un lado y deudora por otro, sin cesión de créditos esta persona debería hacer que le pague el primero y pagar al segundo, pero mediante la transferencia al deudor, el acreedor cederá el crédito del cual es titular contra un tercero, en pago de lo que él mismo debe, por lo que, en lugar de dos acciones una sola será suficiente.

De otra parte, agregan Starck, Roland y Boyer, la institución tiene el mérito de facilitar la transferencia de deudas y de créditos comprendidos dentro de la universalidad, como se produce en el caso de la cesión de un fondo de comercio o de un negocio; señalan, por último, que la cesión de créditos actúa a manera de un seguro. En tal orden de ideas, Primus, deudor de Secundus, le cede a este último, sin estipular un precio, el crédito que tiene contra Tertius, teniendo Primus dos opciones: o bien Primus cumple con su compromiso y Secundus efectúa una retrocesión del crédito cedido, y eventualmente del dinero recibido si Tertius ha satisfecho el pago; o, por otro lado, Primus no ejecuta el pago y Secundus se hará pagar gracias al crédito retenido contra Tertius, caso en el cual se hablará de cesión de crédito fiduciaria.

883 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Obligations*. 4.ª edición. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1992, pp. 7-9.

Dentro de la doctrina nacional, Barchi Velaochaga[884] alude al hecho de que la doctrina y las diversas legislaciones se han referido a la transferencia de la titularidad de la situación jurídica creditoria, con la expresión «cesión de crédito». Pero el término «cesión» tiene un significado anfibológico, pues no solamente se refiere al efecto, sino, también, a la causa. En este sentido, Panuccio ha dicho: «En la cesión en especie el perfil del hecho y el perfil del efecto están íntimamente conexos y a menudo confundidos. A veces por cesión se entiende la ideal transformación del mundo jurídico que consiste en la transferencia del crédito, es decir una diversa postura del efecto jurídico. A veces, en cambio, se llama cesión al hecho real que ha causado aquella transformación, por lo tanto no más el efecto, sino su antecedente jurídico».

En lo referente al Código Civil peruano de 1984, recordamos, en primer término, que el capítulo relativo a la cesión de derechos no tiene antecedentes del coautor de estas páginas, Felipe Osterling Parodi, ponente del libro sobre las obligaciones, porque fue redactado por dos distinguidos juristas, Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalle, poco antes de entregarse el Proyecto, al considerar la Comisión Reformadora, con buen criterio, que la cesión de derechos debía sustituir al denominado contrato de cesión de créditos.

En el mes de octubre de 1980 fue presentado al seno de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, un anteproyecto sobre la cesión de derechos por parte de Fernando Vidal Ramírez, con su respectiva Exposición de Motivos, el mismo que constaba de nueve artículos.

A raíz del Anteproyecto de Fernando Vidal Ramírez, y de su respectiva Exposición de Motivos, se produjo un memorándum de Manuel de la Puente y Lavalle, comentando el Anteproyecto de Vidal.

Seguidamente, se emitió un segundo memorándum por el propio Manuel de la Puente, en el cual proponía que Max Arias-Schreiber Pezet dirimiese la discrepancia surgida sobre la ubicación del tema de la cesión de derechos en el Proyecto de Código Civil que se estaba elaborando, además de plantear doce artículos sobre la materia. Arias-Schreiber, con el asentimiento del autor del Proyecto sobre Derecho de Obligaciones, Felipe Osterling Parodi, acogió la propuesta de De la Puente.

Por lo expuesto, las normas sobre la cesión de derechos integran el Capítulo Único del Título VIII —sobre transmisión de las obligaciones— de la Sección Primera del Libro VI del Código Civil de 1984.

De la lectura de los documentos emitidos por Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalle, al optar por la expresión «cesión de derechos» y

884 Barchi Velaochaga, Luciano. «Definición de cesión de derechos». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 353 y ss.

al ubicar esta figura jurídica en el libro sobre las Obligaciones, se desprende que el legislador de 1984 se ha apartado de la terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de «cesión de créditos». El legislador trata ahora a esta figura no como un contrato nominado, tal como lo hizo el Código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se adecúa a su verdadera naturaleza. Su nombre y ubicación en el Código de 1936 merecían dos críticas: en primer lugar, que lo que se cede no es un crédito, sino el derecho a hacer efectivo un crédito; y luego, que no constituye necesariamente un contrato, pues el derecho se puede adquirir, por ejemplo, por herencia.

Como hemos visto, la cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual —una compraventa, por ejemplo— o extracontractual —por ejemplo, la herencia— o cuando una disposición legal así lo ordena.

Sin embargo, debemos señalar que, si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente sólo la transferencia de propiedad de bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad. Se ha buscado a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente que se utilice esta vía para efectuar la transmisión de dichos otros derechos, para los cuales no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código. No obstante ello, debemos reconocer que la redacción actual del artículo 1206 —primera de las normas sobre cesión de derechos—, no aclara esta posibilidad, sino que más bien se puede deducir que está regulando solamente la cesión del derecho a exigir el cumplimiento de créditos.

Resulta pertinente mencionar además que, en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Comercial, llevado a cabo los días 3 y 4 de julio de 2014, el Pleno por Unanimidad determinó que no se puede transferir el derecho real de propiedad mediante cesión de derechos: «*Segunda Postura.*- No se puede transferir el derecho real de propiedad mediante la cesión de derechos. Justificación.- Mediante la cesión de derechos, el cedente transfiere al cesionario el de exigir una prestación no cumplida al deudor cedido. El propietario de un bien inmueble, no tiene un deudor a quien tenga que exigirle la prestación principal que surge de un contrato de compra venta, que es la de transferir la propiedad, puesto para que se le denomine propietario es evidente que ya se le transfirió el derecho de propiedad, y en ese contexto no existe prestación no cumplida susceptible de ser cedida,

no existe deudor que pueda ser cedido (*rectius* ex vendedor que pueda ocupar la condición de cedido)».[885]

Por ello, consideramos que hubiese sido conveniente que el texto del referido artículo 1206 del Código Civil peruano contemplase expresamente aquella posibilidad, con lo cual sus bondades —manifiestas, por cierto— se hubieran visto engrandecidas.

Desde la perspectiva extracontractual, el título puede consistir en cualquier acto o situación a la que se reconozca la capacidad de generar la transferencia de derechos.

Como expresa Von Thur —a quien cita Manuel de la Puente—, la cesión no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición por medio del cual el derecho sale del patrimonio del cedente e ingresa en el patrimonio del cesionario. Sin embargo, algunos autores disienten de esta opinión, como es el caso de Domenico Barbero[886], según el cual la cesión es un contrato, esto es, un negocio bilateral, donde intervienen dos partes: el acreedor enajenante y el tercero adquirente. Señala además Barbero que no es un contrato típico, no dando lo mismo decir cesión o venta, porque la venta es siempre onerosa y tiene típicamente el esquema de un intercambio de cosa con precio; en tanto que la cesión del crédito puede ocurrir, en cambio, a título gratuito y a título oneroso, por donación o por pago (*solvendi causa*), consistiendo, según los casos, en una donación, o en una venta (que podría también ser permuta), o en una *datio in solutum* (prestación en lugar de cumplimiento). Concluye Barbero señalando que la cesión puede ser considerada como un sinónimo del término genérico de enajenación, aplicado a la transferencia de los créditos —aunque no reservado exclusivamente a este campo—.

Por otra parte, en la cesión de derechos crediticios tenemos la presencia de tres sujetos:

(a) El acreedor, quien va a ceder su derecho. A esta parte se le denomina cedente.

(b) El deudor, cuya obligación va a cederse en favor de una tercera persona. Al deudor se le denomina cedido.

(c) El tercero, ajeno a la relación obligacional, a quien el cedente va a ceder sus derechos respecto al deudor. A este tercero se le denomina cesionario.

Cabe señalar como regla que la aplicación de esta figura en la práctica se da sólo entre dos agentes (acreedor cedente y tercero cesionario), vale decir, que se

885 LP Derecho, *Código Civil, Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 372. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/I-Pleno-Jurisdiccional-Distrital-Comercial-Lima-2014-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

886 Barbero, Domenico, *Op. cit.*, tomo III, p. 292.

trata de una relación jurídica bilateral; sin embargo, también se podría presentar el supuesto —excepcional— de que la relación se configure de manera trilateral. Esta afirmación obedece a lo establecido por el artículo 1210 del Código Civil peruano (que será materia de estudio más adelante), que señala que: «El acto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión».

Por otra parte, la cesión de derechos tiene como característica fundamental el ser un acto de disposición, pues importa variar la conformación del patrimonio del acreedor de la obligación cuya exigibilidad se cede.

En esa línea, también es relevante mencionar que la jurisprudencia ha desarrollado los elementos de la cesión de derechos en la Casación n.° 3158-99-Callao, de fecha 18 de septiembre de 2000: «*Quinto*. El artículo 1206 de dicho Código define la cesión de derechos como 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. *Sexto*. El artículo 1207 del acotado establece que la cesión debe constar por escrito bajo la sanción de nulidad y que cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión. *Sétimo*. El artículo 1208 del mismo Código permite, que puedan cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa. *Octavo*. Concordando estos dispositivos se puede establecer que los requisitos para la cesión de derechos son: a) Que exista un cedente que tenga derechos que también puedan ser materia de controversia judicial, arbitral o administrativa; b) Que exista un cesionario al cual se transmita el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor; c) Que exista un título por el cual se transfiere el derecho que debe constar por escrito y en ese caso el documento sirve de constancia de la cesión y d) Que el título para la transferencia esté dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho y que el título sea distinto».[887]

Conviene advertir, por otro lado, que el cambio de acreedor ni interrumpe ni suspende la prescripción, simplemente es irrelevante a esos efectos. Y lo es por una razón muy simple: de ser relevante, el cambio de acreedor sería la mejor manera de evadir la prescripción.

El artículo 1206 del Código peruano establece, adicionalmente, en su segundo párrafo, que la cesión podrá hacerse inclusive sin el asentimiento del deudor, lo que implica que puede hacerse aun con la negativa de éste.

Siguiendo ese criterio, la Casación n.° 4197-2001-Lambayeque, de fecha 6 de diciembre de 2002, ha señalado: «La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor: un caso de leasing. *Quinto*. Se aprecia del contrato de arrendamiento

887 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 901-902. [Texto correspondiente a la tercera edición]

financiero que la [empresa de leasing] en su calidad de propietaria de los vehículos y [el] arrendatario acordaron que en cualquier momento la [empresa de leasing] cedería a otra empresa financiera o empresa dedicada al arrendamiento financiero sin necesidad de comunicarlo previamente a la arrendataria, como ha sucedido en el caso de autos al haber cedido sus derechos a un Banco [...], que es la accionante. De otro lado, el banco estaba facultado para resolver el contrato de arrendamiento financiero al haber asumido los activos y pasivos de [la empresa de leasing que fueron escindidos para formar esta persona jurídica dedicada a las operaciones de arrendamiento financiero. Estas razones conducen a establecer que resultan pertinentes de aplicación los artículos 1206 y 1275 del Código Civil».[888]

En esa línea, la Casación n.º 2038-2016-La libertad, de fecha 15 de mayo de 2017, ha reiterado el criterio por el cual se precisa que no es necesario el asentimiento del deudor: «*Sétimo.*- Absolviendo conjuntamente las denuncias contenidas en los apartados B) y C) tenemos que: a) Ya se ha mencionado que es acertada la determinación de la Sala Superior en cuanto ha establecido que el documento de "cesión de derecho crediticio y cesión de hipoteca" (fojas diecinueve y siguientes de los autos) no contiene un acto de cesión de posición contractual. Aquí cabe recalcar que en el mismo sólo se dispone del crédito correspondiente a Carlos José Mannucci Goicochea, mas no alguna prestación pendiente de cumplirse por éste a favor de MGM Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada, tal relación fáctica encaja en el supuesto de hecho contenido en el artículo 1206 del Código Civil, esto es, se trata en realidad de un acto de cesión de derechos, lo cual significa que, según esta misma norma (parte final), tal cesión podía hacerse aun sin el consentimiento del deudor. Razón por la cual, la determinación del *Ad quem*, en cuanto que para la cesión de derechos en mención no era necesario el consentimiento de los recurrentes, es correcta y no existe vulneración del artículo 1206 del Código Civil, como pretenden los recurrentes; y b) A lo dicho se debe agregar que, al tratarse dicho acto de una cesión de derechos, éste comprende, según el artículo 1211 del Código Civil, la cesión de la hipoteca que otorgaron los ahora recurrentes a favor de Carlos José Mannucci Goicochea, para garantizar la obligación asumida por MGM Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada en el acto "mutuo con garantía hipotecaria", celebrado entre Carlos José Mannucci Goicochea y la citada empresa, con fecha doce de setiembre de dos mil nueve».[889]

Moisset de Espanés[890] sostiene que la cesión de créditos es una figura que se ha impuesto por las necesidades del tráfico jurídico, y se la ha admitido porque —en términos generales— la actividad del acreedor es mínima dentro de la relación obligatoria y el cambio de acreedor no origina ninguna dificultad al deudor

888 *Ibidem*, p. 902. [Texto correspondiente a la tercera edición]

889 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 355. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2038-2016-La-Libertad-LPDerecho.pdf Texto correspondiente a la tercera edición]

890 Moisset de Espanés, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 302.

para el cumplimiento de la prestación, por lo que no se considera necesario solicitar su consentimiento.

Cabe mencionar que el contrato por el cual se cede un derecho podrá realizarse tanto a título gratuito como a título oneroso. Aunque existe la posibilidad de que la cesión sea a título gratuito, lo cierto es que, como suele ocurrir en casi todos los contratos, los supuestos en que efectivamente una persona cede a otra su crédito sin recibir nada a cambio resultan ser escasos.

Así, pese a que es perfectamente válido celebrar una cesión de créditos a título gratuito, lo común es que sea a título oneroso. Cabe resaltar que, como es lógico, lo usual es que dicha contraprestación valga menos que el crédito, ya que éste implica una expectativa de cobro futuro y nadie es dueño del futuro.

Son muchos los elementos que van a influir en las consideraciones que lleven al acreedor cedente y al tercero cesionario a pactar un precio para la cesión del crédito. Uno de esos factores es el plazo, esto es, el lapso que va a transcurrir entre la celebración de la cesión y la fecha de vencimiento de la obligación. También será relevante la dificultad en el cobro y, vinculado a ello, la calidad del deudor.

El valor que se le otorgue a la cesión va a depender, entonces, de muchos factores. Así, por ejemplo, si el deudor ya incurrió en mora, definitivamente el crédito no va a valer igual. La circunstancia de que el deudor ya se encuentre constituido en mora y se generen, como consecuencia, intereses moratorios, no hace más atractivo el crédito; por el contrario, lo hace más riesgoso. La mora indica una falta de pago y la falta de pago puede indicar la presencia de un deudor que es insolvente, o va camino a la insolvencia, o puede indicar la presencia de un deudor que no siendo insolvente va a ofrecer resistencia a pagar, con lo cual en uno u otro caso el cesionario va a tener un problema.

Finalmente, debemos señalar que algunos autores contemporáneos observan que la circulación de créditos presenta algunos peligros. Así, Starck, Roland y Boyer[891] expresan que las necesidades del cedente pueden ser explotadas, y el acreedor, presionado por la necesidad de dinero, cederá su crédito a bajo precio; agravándose este inconveniente cuando el crédito es dudoso o litigioso, lo que podrá conducir a un cedente que ignore sus derechos, a correr el riesgo de deshacerse de un crédito a precio muy inferior de su valor real. Agregan los autores citados que, sobre todo en estas circunstancias, el deudor cedido se expone a ser entregado a un nuevo acreedor, mucho más despiadado que el primero; el nuevo cesionario acosará al deudor y utilizará todos los recursos de este enredo, lo que equivale a decir, en palabras de los profesores franceses, que en resumen el deudor perderá mucho con el cambio de acreedor.

891 STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 9.

Por nuestra parte, *consideramos* que las expresiones de los civilistas franceses citados *podrían resultar exageradas y carentes de fundamento*[892].

Por último, respecto al concepto de esta figura, la jurisprudencia nacional[893] ha señalado que: «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. Esta cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».

2.2. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y otras figuras jurídicas

Consideramos necesario, en este punto de nuestras referencias al artículo 1206 del Código Civil peruano, distinguir a la cesión de derechos de otras figuras como la cesión de posición contractual —propia de los contratos y regulada en la Parte General del Libro de Contratos del Código Civil peruano de 1984—, el pago con subrogación y la novación subjetiva en la modalidad de cambio de acreedor, que son instituciones semejantes, pero con consecuencias jurídicas distintas.

Cabe recordar que las cuatro figuras jurídicas que acabamos de mencionar —cesión de derechos, cesión de posición contractual, pago con subrogación y novación por cambio de acreedor—, constituyen las cuatro maneras por las que puede cambiarse de acreedor en las relaciones obligacionales de acuerdo con la ley peruana.

Señalaremos, finalmente, las diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas.

2.2.1. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual

Con frecuencia se suscitan confusiones acerca de la figura de la cesión de posición contractual, regulada por el Código Civil en los artículos 1435 a 1439, y la cesión de derechos, cuyo análisis estamos efectuando. En tal sentido, hemos creído conveniente incorporar en este apartado las diferencias y las semejanzas existentes entre ambas figuras para, de este modo, distinguirlas nítidamente.

2.2.1.1. Semejanzas

- En la cesión de posición contractual el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otras son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión (artículo 1437); mientras que, en la cesión de derechos, el acreedor cedente también deja de ser acreedor, ya que cede al tercero

892 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

893 Casación n.° 467-96. En *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Op. cit.*, p. 392.

cesionario el derecho para que exija el pago de la prestación que tiene que ejecutar el deudor respecto de él.

- La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211); la cesión de posición contractual, al implicar la cesión de todo el lugar en el contrato (el lugar de la propia parte), produce esos mismos efectos.

2.2.1.2. Diferencias

- La cesión de derechos es —para nuestra ley civil— la única forma de transmisión de las obligaciones, y así está establecido en el Capítulo Único del Título VIII del libro correspondiente, vale decir, que la cesión de derechos es una figura típica del Derecho de Obligaciones y, por lo tanto, aplicable a todas las obligaciones; mientras que la cesión de posición contractual es una figura típicamente contractual, aplicable, por ende, solamente a esta clase de actos jurídicos.

- A través de la cesión de derechos sólo se transmite al cesionario la facultad o derecho de hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor cedente respecto de su deudor, es decir, que sólo se transmite la parte activa de la relación obligacional. Como señala Manuel de la Puente y Lavalle[894]: «Mediante la cesión de créditos (que en el Código Civil peruano de 1984 se denomina cesión de derechos) se busca la transmisión del lado activo de la relación obligacional, mientras que la cesión de posición contractual está orientada a la transmisión de toda la relación obligacional, esto es tanto el lado activo como el lado pasivo». De acuerdo con Messineo —citado por De la Puente—, la cesión de derechos sólo hace circular el crédito, pero no el contrato íntegro, como es el caso de la cesión de posición contractual.

- Para que se dé una cesión de posición contractual es necesario el consentimiento de tres partes: el cedente, el tercero cesionario y el cedido —artículo 1435 del Código Civil—; mientras que en la cesión de derechos, por regla general, sólo es necesario el acuerdo entre el acreedor cedente y el cesionario, pudiéndose realizar, incluso, sin el asentimiento del deudor cedido (argumento del artículo 1206 del Código).

- En la cesión de derechos sólo cabe que el acreedor ceda su derecho frente al cesionario, pero nunca lo puede hacer el deudor; mientras que en la cesión de posición contractual quien puede ceder su posición en el contrato será cualquiera de las partes, independientemente de si es acreedor o deudor, o, incluso, si tuviese ambas calidades simultáneamente.

894 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado. Op. cit.*, tomo II, pp. 75 y 76.

- En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto (artículo 1212); mientras que, en la cesión de posición contractual, el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario, no surtiendo efecto este pacto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente (artículo 1438).
- En la cesión de derechos el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto (artículo 1213); mientras que en la cesión de posición contractual, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador (artículo 1438). El cedido, en este último caso, podrá accionar contra el cedente si hubiera pactado con éste que no queda liberado por la cesión si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. En esta hipótesis, el cedido debe comunicar al cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo y, de no hacerlo, el cedente queda liberado de responsabilidad (artículo 1437).
- La cesión de derechos puede operar por acuerdo de partes o por ministerio de la ley. Si opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad (situación de verdadero acreedor), ni de la solvencia del deudor; mientras que la cesión de posición contractual sólo puede operar por acuerdo entre las partes (argumento del artículo 1435 y naturaleza de la propia institución).
- La cesión de derechos produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215); mientras que la cesión de posición contractual sólo produce efectos desde que existe el acuerdo expreso de voluntades entre el cedente, el cesionario y el cedido (la otra parte), independientemente de cuál de ellas da primero o después su aceptación. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta (artículo 1435).
- El Código establecía originalmente una norma para solucionar la concurrencia de cesionarios (artículo 1217), en caso un mismo derecho fuese cedido (por el mismo cedente) a varias personas, situación en la que prevalecía la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado; mientras que el Código no señala pautas a seguir en caso de concurrencia de cesionarios para la cesión de posición contractual. Esto es lógico, ya que en el caso de la cesión de posición contractual se requiere necesariamente del asentimiento de las tres partes intervinientes (a diferencia de la cesión de derechos) y, por tanto, sería absurdo pensar en una concurrencia de cesionarios.

Finalmente, la Casación n.° 2526-2002-Lima, de fecha 6 de diciembre de 2002, ha establecido las diferencias analizando la regulación de ambas figuras en el Código Civil: «Cesión de derechos y cesión de posición contractual. *Undécimo.* El artículo 1206 del Código Civil está referido a la cesión de derechos comprendida en el título de la transmisión de las obligaciones y la cesión de posición contractual está incursa en los artículos 1435 y 1439 del Código Sustantivo y en la sección de contratos en general. *Duodécimo.* El artículo 1206 del Código Civil define la cesión de derechos como 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. *Décimo Tercero.* El artículo 1435 del Código Sustantivo define la cesión de posición contractual como que, en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. *Décimo Cuarto.* Como podrá apreciarse se trata de dos figuras jurídicas distintas, de acuerdo a las definiciones que al respecto señala el Código Civil. *Décimo Quinto.* [Por] ello, si la sentencia apelada sostuvo que hubo cesión de posición contractual, no podía sustentar este concepto en el artículo 1206 del Código Civil, referido a la cesión de derechos».[895]

2.2.2. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y el pago con subrogación

Dadas sus similitudes, podrían suscitarse dudas sobre la naturaleza jurídica de la cesión de derechos y el pago con subrogación. En adelante, anotamos las diferencias y semejanzas más saltantes:

2.2.2.1. Semejanzas

- Cabe la cesión de un derecho que sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa. Nada se opone a que el pago con subrogación verse sobre una deuda de estas características (pero con ese pago concluiría la controversia).
- La cesión de derechos puede ser convencional (artículo 1206) o legal (artículo 1214). La subrogación también puede ser convencional (artículo 1261) o legal (artículo 1260).
- La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211). En el caso del pago con subrogación ocurre algo similar, ya que el artículo 1262 establece que la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado —es

895 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 902. [Texto correspondiente a la tercera edición]

decir, que sólo se dejan de mencionar a los privilegios, los cuales entendemos que también se transmiten (esto por interpretación analógica del artículo 1262 respecto del artículo 1211)—.

- Cabe la subrogación parcial respecto de una deuda (artículos 1262 y 1263). También cabe la cesión parcial de un derecho.

2.2.2.2. Diferencias

- La cesión de derechos es una forma de transmisión de obligaciones aún no extinguidas, mientras que el pago con subrogación es una forma atípica de extinción de las obligaciones (por tratarse de un pago que no extingue la obligación, generando sólo un cambio de acreedor).
- La cesión de derechos es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, vale decir, lo que se transmite es el derecho a exigir una prestación aún no ejecutada (cumplida). En cambio, el pago con subrogación es una figura a través de la cual una parte (el subrogante) paga a otra (el subrogado) y se sustituye en los derechos de éste, respecto del deudor —vale decir que aquí sí media un pago—.
- A través de la cesión se pueden ceder créditos u otros derechos (naturaleza misma del acto), mientras que en el pago con subrogación lo único que adquiere el subrogante es el derecho de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación (el crédito).
- La cesión de derechos puede realizarse a título gratuito. El pago con subrogación, como su propio nombre lo expresa, siempre es oneroso.
- En la cesión de derechos, se puede ceder el derecho por el monto que se desee (un céntimo, su real valor, o nada —por citar tres ejemplos—).

  En el pago con subrogación quien paga únicamente se subroga por el monto de lo que ha pagado.
- La cesión de derechos debe constar por escrito (artículo 1207), mientras que el pago con subrogación no requiere de formalidad alguna.
- En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (artículo 1212). En el pago con subrogación no se establece esta obligación para el acreedor subrogado respecto del subrogante.
- En la cesión de derechos, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor,

FONDO EDITORIAL PUCP

salvo pacto distinto (artículo 1213). En el caso del pago con subrogación no existe una disposición similar.

- En la cesión de derechos, cuando opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor (artículo 1214). En las normas de pago con subrogación no existe una disposición similar.
- La cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). En los preceptos del pago con subrogación no se consigna una disposición en este sentido; sin embargo, debemos entender que opera la subrogación, cuando es de pleno derecho, desde el momento del pago por el tercero subrogante, y cuando es convencional, desde el momento en que se produce alguno de los supuestos del artículo 1261 del Código Civil.
- En el caso de la cesión de derechos es posible la concurrencia de cesionarios, cuya solución preveía el —absurdamente derogado— artículo 1217 del Código Civil. En el caso del pago con subrogación no se presentan supuestos de esta naturaleza.

2.2.3. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor

Conviene señalar las diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor.

2.2.3.1. Semejanzas

- Cabe la cesión de un derecho que sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa. Nada se opone a que la novación subjetiva por cambio de acreedor verse sobre una obligación de estas características (pero se requeriría siempre del asentimiento del supuesto deudor).
- La cesión de derechos puede ser convencional (artículo 1206) o legal (artículo 1214). La novación subjetiva por cambio de acreedor también puede ser convencional o legal, pues nada lo impide.
- A través de la cesión se pueden ceder créditos u otros derechos (naturaleza misma del acto), mientras que, en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, el nuevo acreedor también adquiere el derecho de cobrar la deuda (crédito).

2.2.3.2. Diferencias

- La cesión de derechos es una forma de transmisión de las obligaciones aún no extinguidas. La novación subjetiva por cambio de acreedor es un medio

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

extintivo de obligaciones. Como señalan Cazeaux y Trigo Represas[896], refiriéndose a la cesión de derechos, el solo cambio del sujeto de la obligación no significa que se esté ante una obligación nueva, ya que en esta figura jurídica se considera que la persona del acreedor o deudor es, en principio, un elemento secundario de la obligación y, por consiguiente, a pesar del reemplazo de sujetos, la relación crédito-deuda continúa igual. Los citados tratadistas subrayan que en esto se diferencia la cesión de derechos de la novación subjetiva, en la que si bien lo único que cambia son los sujetos (acreedor o deudor), a ese cambio se agrega la voluntad de las partes de constituir una nueva obligación, operándose la sustitución de una obligación por otra, con los consiguientes efectos especiales.

- La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211). En el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor no ocurre lo mismo. Dice Llambías[897] que esta diferencia es muy importante, porque mientras en la cesión de derechos, los accesorios y las garantías acompañan a la obligación que queda instituida a favor del cesionario, en la novación subjetiva por cambio de acreedor, los accesorios y las garantías de la obligación primitiva se extinguen con ella, salvo reserva expresa del acreedor sustituido.
- Nada impide la cesión de derechos en forma parcial, es decir, respecto tan sólo a una parte de la acreencia. La novación subjetiva por cambio de acreedor no opera de manera parcial.
- La cesión de derechos debe constar por escrito (artículo 1207), lo que equivale a decir que es un acto formal; mientras que para la novación subjetiva por cambio de acreedor el Código no prevé formalidad alguna.
- En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (artículo 1212). En la novación subjetiva por cambio de acreedor no se establece esta obligación para el acreedor novado respecto del acreedor que lo sustituye.
- En la cesión de derechos, cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor (artículo 1214). Para la novación subjetiva por cambio de acreedor (artículo 1280) no se establece una disposición similar.
- La cesión de derechos puede hacerse con o sin asentimiento del deudor cedido (ya que no es necesario su asentimiento, pues bastaría con comunicársela de

896 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 3.

897 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 58.

ESTUDIO MUÑOZ TERRA

manera fehaciente —artículo 1215—). Como expresa Llambías[898], el papel del deudor cedido en la cesión de derechos es uno meramente pasivo, pues no depende de él el desplazamiento del crédito. La novación subjetiva por cambio de acreedor requiere —necesariamente— del asentimiento del deudor (artículo 1280 del Código Civil). Como afirma Llambías, no hay novación por cambio de acreedor sin asentimiento del deudor.

- Consecuencia de lo previsto en el punto anterior, es que la cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). La novación subjetiva por cambio de acreedor produce efectos desde que el deudor cedido la acepta.
- Para el caso de la cesión de derechos el Código Civil de 1984 previó la hoy derogada norma que solucionaba el problema de la concurrencia de cesionarios (artículo 1217); mientras que en la novación subjetiva por cambio de acreedor no se ha previsto solución a la hipótesis de la concurrencia de acreedores cedidos. Entendemos que en este supuesto tendría que preferirse al primer acreedor que novó con el acreedor original, ya que éste no podría, después de dicho acto, transferir más derechos de los que tiene (y ya no sería parte o titular en la obligación).

2.2.4. Diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas

Por último, nos corresponde establecer las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la cesión de deudas. Esta figura, que no resultó ajena en otros tiempos a la legislación nacional, difiere de la cesión de derechos en cuanto aquélla importa la transferencia del elemento pasivo que existe en toda obligación, representando, en buena cuenta, el otro aspecto de la negociabilidad en esta materia. Por tal razón, para que la cesión de derechos produzca efectos no será necesario contar con el asentimiento del deudor cedido —al que sólo es necesario comunicársela fehacientemente—; mientras que en la cesión de deudas será indispensable que el acreedor se manifieste conforme, exonerando al deudor primitivo.

A decir de Lafaille[899], se encuentra mayor facilidad para la cesión del aspecto activo de la obligación que para el pasivo, pues si el cambio de acreedor suele ser indiferente, no lo es el reemplazo del obligado, ya que en el patrimonio de aquél significa la seguridad para el cumplimiento. A entender de Lafaille, tales razones explican, asimismo, los mayores obstáculos que a través de la Historia ofreció el traspaso de deudas, aunque fuera muy larga y accidentada la evolución que condujo a la transferencia de los créditos.

Se trata, en suma, de definir la cesión —conforme lo hace la doctrina uniforme— como la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una

898 *Idem.*

899 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 253.

cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Y de dejar establecido, además, que ella puede efectuarse por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz.

Aquí aclaramos, por último, que el Código Civil peruano contempla como única forma de transmisión de las obligaciones a la cesión de derechos. No ha previsto la cesión de deudas, pero tampoco la ha prohibido, razón por la cual no existiría inconveniente para que las partes, haciendo uso de su libertad contractual, conviniesen una cesión de deudas, sin pasar, necesariamente, por una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación o de expromisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Formalidad de la cesión de derechos

Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.

1. Fuentes nacionales del artículo 1207

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

Es en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, que se reguló por primera vez este tema. Nos referimos al artículo 1232 del referido Proyecto: «La cesión debe constar por escrito, debiendo el cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho que cede y que se encuentren en su poder, si existiesen.— Si se ha cedido sólo una parte del crédito el cedente debe entregar al cesionario una copia auténtica del título».

Posteriormente, el tema fue tratado también por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1175: «La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.— Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión».

2. Análisis

Al tratarse de un acto de importancia no sólo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), el artículo 1207, primer párrafo, del Código Civil, exige que dicho acto conste por escrito, bajo

ESPACIO PATRIMONIO FREYRE

sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es *ad solemnitatem* y no *ad probationem*.

Este criterio ha sido desarrollado por la jurisprudencia, como se observa en la Casación n.° 3158-99-Callao, de fecha 18 de septiembre de 2000: «La inobservancia de la forma escrita acarrea la nulidad del acto jurídico de cesión. *Décimo Segundo*. En el artículo 1207 el legislador ha considerado necesario prescribir una formalidad que tenga el carácter de *ad solemnitatem*. La inobservancia de la forma escrita acarrea la nulidad del acto; su existencia no podrá demostrarse mediante pruebas supletorias. Sin embargo, el segundo párrafo del precepto aclara que si el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho consta por escrito, este documento puede utilizarse como prueba de que ha operado la cesión de derechos. *Décimo Tercero*. Como consecuencia del anterior análisis, se debe concluir como lo han hecho las sentencias de mérito que el documento que sirve de sustento a la acción, no sólo contiene una subrogación de derechos, sino también una cesión de los mismos y sirve de constancia de la cesión».[900]

Asimismo, el Tribunal Registral mediante Resolución n.° 2244-2017-SUNARP-TR-L, de fecha 5 de octubre de 2017, ha precisado lo siguiente: «Cabe mencionar que a efectos de la inscripción de la cesión, el artículo 1207 debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 2010 del Código Civil, concordante con el artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, en el sentido de que para su inscripción en el Registro, la cesión de derechos, o el acto o contrato que le sirve para dejar constancia de su existencia (segundo párrafo del artículo 1207) deberán constar en un instrumento público, salvo disposición contraria».[901]

Creemos que en este punto resulta necesario aclarar un aspecto importante del Código Civil de 1984.

El Código Civil peruano de 1936 algunas veces establecía para la celebración de un acto jurídico la necesidad de escritura pública, pero el intérprete quedaba en la duda de si la formalidad prevista por la ley era *ad probationem* o *ad solemnitatem*. El caso típico era el precepto consignado en las formalidades para transigir, esto es el artículo 1308 de ese Código, que aludía a la escritura pública, suscitando el gran debate acerca de si tal exigencia era *ad probationem* o *ad solemnitatem*. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1585 de dicho cuerpo legislativo prescribía que, cuando su valor pasaba de quinientos soles, debía constar por escrito. Obviamente este precepto siempre se interpretó como *ad probationem*.

900 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 903. [Texto correspondiente a la tercera edición]

901 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Resolucion-2244-2017-Sunarp-TR-L-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

En el caso de la donación de bienes inmuebles, el tercer parágrafo del artículo 1474 del Código de 1936 disponía que debía hacerse por escritura pública. Esta norma siempre se interpretó como *ad solemnitatem*, es decir, como una formalidad necesaria para la validez del acto jurídico.

El Código Civil de 1984 ha optado por una solución más lógica. Cada vez que exige escritura pública o formalidad escrita, consigna los términos «bajo sanción de nulidad», cuando es *ad solemnitatem*. Si no usa esta última expresión, o sea, «bajo sanción de nulidad», la forma es *ad probationem*. Así se han aclarado definitivamente las dudas que suscitaba el Código Civil de 1936.

Barchi Velaochaga[902], sobre el sentido del artículo 1207 del Código Civil, señala que «[...] parece que la intención es brindar un medio de prueba, frente al deudor, de la cesión. No obstante, ello significaría confundir la formalidad con la publicidad. [...] La publicidad, y en esto se distancia de la forma, no mira, como ésta, a las partes o celebrante unilateral de un negocio o de un acto, que trata de asegurar para ellas, sino a los terceros. Es decir, la publicidad es garantía del tráfico jurídico».

El segundo párrafo del citado artículo 1207 del Código Civil peruano de 1984 es reiterativo, al señalar que cuando el acto o contrato que constituya el título de la transferencia del derecho constase por escrito, este documento servirá de constancia de la cesión.

Un primer sentido del segundo párrafo del precepto sería que la cesión de derechos no esté constituida en virtud de un acto en el que exclusivamente se trate acerca de dicha cesión, sino que, por el contrario, la cesión estipulada constituya simplemente un pacto adicional de otro acto jurídico celebrado.

Para ilustrar lo expuesto vamos a citar un ejemplo.

Supongamos que el acreedor de una obligación determinada celebra un contrato de compraventa por escrito con un tercero, ajeno a la obligación que aquél tiene constituida con anterioridad. En virtud de este contrato el acreedor de la obligación originaria compra una casa al tercero, pero estipula que el pago del precio se hará efectivo a través de la cesión del derecho de cobrar una obligación al deudor originario que tiene el acreedor (comprador).

En este ejemplo, el acreedor originario será cedente, a la vez que comprador; mientras que el tercero vendedor, será a la vez cesionario del derecho; y, por último, el deudor de la relación obligacional originaria será el cedido.

902 Barchi Velaochaga, Luciano. «Formalidad de la cesión». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 363 y ss.

Como el contrato de compraventa, dentro del cual se inscribe una cláusula de cesión de derechos, consta por escrito, bastará con este documento para probar la existencia de la cesión.

Un segundo sentido es que esta parte del artículo se refiera al supuesto de que en un contrato original se agregue luego una anotación por la que conste la cesión de derechos. Pero esta hipótesis, como la anterior, sería superflua, pues la anotación constituiría la constancia por escrito.

Como vemos, el segundo párrafo del artículo 1207 aporta muy poco en relación al primer párrafo del precepto, razón por la cual consideramos innecesaria su presencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derechos que pueden ser cedidos

Artículo 1208.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

1. Fuentes nacionales del artículo 1208

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

Su primer antecedente nacional se encuentra en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1230: «Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial o contienda administrativa.— En tal caso, no pueden ser cesionarios los magistrados, funcionarios, abogados, procuradores, secretarios o peritos que intervengan o hayan intervenido en el proceso, ni los notarios por ante quienes se celebren los actos que sirven de base a la cesión». Posteriormente, el tema fue tratado por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1176: «Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa».

2. Análisis

Pueden ser materia de cesión de derechos todos aquéllos que la ley no prohíba ceder. El artículo bajo análisis guarda relación con lo establecido por el artículo 1409 del Código Civil peruano, norma que señala que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Barchi Velaochaga[903] sostiene, sobre este punto, que: «Si bien no se establece de manera expresa, el cedente tiene el deber de informar al cesionario, antes de

903 Barchi Velaochaga, Luciano. «Cesión de derechos en controversia». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 367.

celebrar el título, acerca del carácter litigioso del crédito (deber precontractual de información), de tal manera que el cesionario pueda tomar la decisión de celebrar el contrato y de los términos del mismo».

Por otro lado, los derechos materia de cesión podrán revestir dos caracteres distintos:

(a) Derechos sobre los que no existe ninguna controversia judicial, arbitral o administrativa. Es el caso de los derechos sobre los cuales el titular no tiene ningún problema que pudiera afectar en el futuro su tranquila y pacífica pertenencia y ejercicio.

A este respecto, Llambías[904] elabora una interesante relación de los créditos cedibles, señalando que, en principio, todos los créditos pueden ser cedidos, comprendiendo en ese marco, entre otros, los créditos condicionales o a plazo que pueden ser el objeto de una cesión. Señala el mencionado autor que en cuanto a estos últimos no podía caber duda alguna, porque ya tienen existencia actual y componen en esta calidad el patrimonio del acreedor, aunque está por ahora postergada su exigibilidad; y en cuanto a los créditos condicionales, observa Llambías que son igualmente transmisibles en su existencia eventual. Dentro de la relación aludida, Llambías también comprende a los créditos aleatorios, como los provenientes de un contrato de renta vitalicia, la cesión de clientela que hace un comerciante, la venta de llave de un fondo de comercio, etcétera; los créditos referentes a cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble, que pueden igualmente ser cedidos con anticipación, y advierte el tratadista citado que de esta categoría es la cesión de los derechos del comprador de un departamento en construcción, que es una cosa futura; los créditos que podrían resultar de convenciones aún no concluidas, como también los que resultaren de convenciones ya concluidas. Llambías entiende que los primeros son créditos eventuales, y en ese carácter pueden cederse, mientras que los segundos, derivados de los contratos, son típicamente cedibles, independientemente de toda aprobación del deudor cedido; y, por último, señala Llambías a los créditos emergentes de una obligación natural, los mismos que pasarán al cesionario con su misma índole.

(b) Derechos sobre los cuales existe controversia judicial, arbitral o administrativa.

Dentro de esta categoría se incluyen los derechos enunciados en el artículo 1208.

La cesión de algún derecho sobre el cual exista controversia pendiente tendrá lugar por diversos motivos. Uno de ellos podría ser la voluntad del acreedor cedente de liberarse de la relación obligacional y del seguimiento y supervisión

904 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 22-24.

del trámite en el que se ventila dicha controversia. Pero el motivo más importante podría ser el de no estar a las resultas de un proceso que puede ser exitoso o no.

Consideramos pertinente preguntarnos si es que pueden cederse derechos en una controversia judicial o arbitral donde hay reconvención. Nosotros creemos que sí se podría, pero entendiendo que, a las resultas del proceso, vale decir, a la posibilidad de cobrar al deudor (la otra parte), así como a la posible obligación que surgiría para el cedente si se declara fundada la reconvención.

Por otra parte, habría que descartar la cesión de derechos cuando la controversia sea *intuitu personae*. Esto resulta obvio, *a menos que se trate de una cesión trilateral, en la cual cedente, cesionario y cedido manifiesten su consentimiento*[905].

En el caso de una cesión de derechos litigiosos, sólo se requeriría poner dicha cesión en conocimiento del juez que conoce de la causa, la que deberá ser comunicada o notificada a la otra parte, si ésta no ha manifestado previamente su asentimiento. Idénticos principios se aplicarían para la cesión de derechos en un proceso arbitral o administrativo.

Antes de concluir estos comentarios, debemos expresar que tales cesiones serían *res inter alios acta*, vale decir, que sólo surtirían efectos entre las partes que las celebraran, sin afectar los derechos de terceros.

Se trataría, por lo demás, de cesiones atípicas, poco usuales. Estarían sujetas a plazo suspensivo, determinado éste por la expedición de la resolución definitiva.

La jurisprudencia peruana[906] señala la forma en que debe producirse la cesión dentro de un proceso judicial. Así, se establece que: «La cesión de derechos dentro de un proceso civil se produce por escrito presentado ante el Juez con firma legalizada, quien lo admite por resolución que es notificada por nota».

905 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

906 Casación n.º 1427-2004-Cono Norte-Lima.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario

Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.

1. Fuentes nacionales del artículo 1209

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema es regulado por primera vez en el Perú en el Código Civil de 1936, artículo 1461: «El que cede un derecho hereditario, sin especificar en lo que consiste, sólo está obligado a sanear su calidad de heredero».

Posteriormente, ya dentro del proceso de reforma a dicho Código Civil, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no contempló el particular, al igual que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, sí lo hizo en el artículo 1238: «Puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trató el tema en el artículo 1177: «También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero».

2. Análisis

En virtud de lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil peruano, es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ha fallecido o cuya muerte se ignora. Esta norma, como se sabe, es aquella que prohíbe los pactos sucesorios[907].

A esta disposición debemos agregar que el artículo 678 del propio Código Civil establece la nulidad de toda aceptación o renuncia de herencia futura. Esto respecto de la herencia todavía no causada, vale decir, respecto de aquella que no ha pasado a los potenciales herederos, por la sencilla razón de que su futuro causante aún no ha fallecido.

En cambio, en relación con los pactos que los particulares pueden celebrar luego de ocurrida la muerte del causante, no hay, en lo que respecta a las cesiones de derechos, límites impuestos por la ley, siempre que no escape a las porciones indivisas heredadas. Ya decía Giorgi[908] que el derecho de suceder, o como se dice de otro modo, la calidad de heredero, no puede ser vendida; pero lo contrario ocurre en relación con la venta de la herencia de persona ya difunta; principio que se manifiesta acorde con el sentido de estimar en sutileza civil que el derecho hereditario queda en el vendedor frente a los terceros, y trasladar al comprador toda la cuantía buena o gravosa de la herencia; comprendiendo la venta de una herencia, además de los bienes corporales, todos los créditos y todas las deudas. Añade que la doctrina de la transmisión de estos derechos por efecto de la venta se reduce a conciliar el principio de la no transmisibilidad de la calidad hereditaria, con el traslado convencional al comprador de los derechos activos y pasivos de la obligación, comprendidos en la herencia.

Agrega Giorgi que *Las Pandectas* y el *Código de Justiniano* contienen disposiciones bastante particulares sobre este asunto, en comparación con el Código Civil francés y el Código Civil italiano de 1865, entre los cuales ya se encuentra mención explícita de los créditos cobrados, así como de las deudas ya pagadas por el vendedor; y consagrado para los unos y para los otros el derecho o la obligación de reembolso por parte del comprador; por lo que, no existiendo innovación alguna en los principios civiles destinados a regir esta materia, concluye en que ante el silencio del Código italiano debe confiarse con seguridad a las normas del Derecho romano.

Señala el tratadista italiano que, ante todo, la venta o la cesión que alguno haga de los propios derechos de sucesión a un extraño, o a todos sus coherederos o a algunos de éstos, induce por parte del vendedor o cedente a la aceptación de la herencia; y el comprador adquiere el derecho de tener como *universitas facti*, todo cuanto pertenecía a la herencia en el momento de la venta, o que después tuvo como accesión: todo aquello, en suma, que el vendedor obtuvo o debía

907 A este respecto, remitimos al lector a las obras *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.* (pp. 337-350), *El bien materia del contrato de compraventa. Op. cit.* (pp. 363-398), *Tratado de la venta. Op. cit.* (tomo III, volumen XVIII) y *La venta del bien ajeno. 20 años después* (Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010), de Mario Castillo Freyre, uno de los autores de este trabajo.

908 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, volumen VI, pp. 366 y ss.

obtener a título de heredero, lo que comprende —indudablemente— a los créditos, estando el vendedor obligado no sólo a reembolsar al comprador los créditos hereditarios cobrados, cuando no se los haya reservado expresamente, sino también a entregar los títulos de los créditos no cobrados por el adquirente, a fin de que se los haga pagar.

El artículo 1209 del Código Civil peruano permite que se ceda el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado (es decir, una vez fallecido el causante), quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.

Para que rija la norma del referido artículo, bastará con el fallecimiento del causante, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. Repugnaría a los más elementales principios éticos disponer de eventuales herencias futuras. Este tema, sin duda, no requiere explicación alguna.

La cesión de los derechos hereditarios podría producirse por los más variados motivos, dentro de los cuales se encontraría, por ejemplo, el interés de uno de los coherederos de no participar en el lento proceso de división y partición de la masa hereditaria. Tal cesión de derechos podría efectuarse a favor de alguno o algunos de sus coherederos o de un tercero —ajeno a la sucesión—. O podría obedecer, incluso, al desconocimiento del valor de la cuota hereditaria, caso en el cual el heredero podría preferir, por seguridad, enajenarla a título oneroso.

También podría operar la cesión a título gratuito, si alguno de los herederos decidiese, por ejemplo, beneficiar a algún coheredero en precaria situación económica.

Finalmente, es relevante traer a colación lo expuesto por el Tribunal Registral en la Resolución n.º 580-2022-SUNARP-TR-L, de fecha 18 de febrero de 2022, que precisa: «6. Ello se explica, porque como quedó dicho en la cesión de derechos hereditarios no se transfiere la herencia, sino se transfiere solo el derecho a participar en un bloque patrimonial que contiene elementos patrimoniales de la herencia indivisa (sin señalar los bienes y pasivos que lo componen). El cedente cede al cesionario lo que tiene al momento en que cede, no se sabe cuáles de los elementos que componen el patrimonio llegan a serle adjudicados al cesionario en la partición y puede que ningún bien se le adjudique. Siendo que el que cede es el heredero mediante un acto voluntario, este acto del heredero no se encuentra previsto como acto inscribible en el registro de sucesiones intestadas. Tan solo se encuentra previsto como acto inscribible, derivado del heredero, en la partida del causante, la renuncia a la herencia, en el marco de lo establecido en los artículos 672 siguientes del Código Civil, acto que no se configura en el presentado para su inscripción. Asimismo, en el Registro de Sucesiones Intestadas no se inscriben derechos patrimoniales. El artículo 53 del RIRTSI establece que las inscripciones en el Registro de Testamentos y de Sucesiones Intestadas no producen efectos

traslativos en los registros de bienes ni en el Registro de Personas Jurídicas cuando se trate de participaciones sociales. La cesión entre los herederos presentada no tendrá efecto frente a los terceros registralmente, mientras no se individualicen los bienes que lo componen. En caso esto ocurra, sí podría ser inscrita la cesión de derechos en el registro de bienes respectivo, de ser el caso».[909]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

909 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://lpderecho.pe/cesion-derechos-patrimoniales-hereditarios-inscribible-registro-sucesiones-intestadas-resolucion-580-2022-sunarp-tr/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

Ineficacia de la cesión

Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.

El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.

1. Fuentes nacionales del artículo 1210

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema es tratado por vez primera en nuestro país en el Código Civil de 1936, artículo 1456: «El acreedor puede ceder su crédito, si a ello no se opone la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor».

Luego, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, ni la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 ni el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, abordaron el tema.

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 1228: «Puede efectuarse la cesión cuando a ella no se opone el carácter estrictamente personal del derecho, la ley o la convención con el deudor.— El convenio por el que se prohíbe o restringe la cesión sólo es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento de la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hizo en el artículo 1178: «La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, al carácter estrictamente personal del derecho, o a la convención con el deudor.— El convenio por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión».

FONDO EDITORIAL PUCP

2. Análisis

El artículo 1210 del Código Civil peruano establece tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son los siguientes:

- **Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo**

Con este supuesto coinciden la gran mayoría de autores. Así, De Ruggiero[910] menciona numerosos créditos que no son cedibles en virtud de prohibiciones legales. En la legislación italiana de su época existen determinadas prohibiciones de carácter objetivo que hallan su razón de ser en la tutela y protección de los servicios públicos, las que impiden la cesión de créditos de los concesionarios contra el Estado, y la de los créditos por estipendios y pensiones de los funcionarios públicos o de otras entidades de carácter público, salvo la facultad concedida al empleado de ceder no más del quinto.

Por su parte, Barbero[911] señala que, aunque la posibilidad de ceder no esté excluida respecto del crédito como tal (objetivamente), puede excluírsela en relación a ciertas personas (subjetivamente), a quienes se les ha impuesto una prohibición de hacerse adquirentes de ella, colocando como ejemplos de su tiempo a los magistrados, los funcionarios, los oficiales judiciales, los abogados, procuradores y patrocinadores, los notarios, en cuanto a los créditos sobre los cuales ha surgido controversia ante la autoridad judicial de la cual forman parte o en cuya jurisdicción despliegan sus funciones; sin poder hacerse adquirentes tampoco de ellos, naturalmente, por persona interpuesta, bajo conminación de la nulidad de la adquisición y de los daños provenientes de ella.

Finalmente, Llambías[912] señala como casos de créditos no cedibles en la Argentina de su tiempo aquéllos en que la cesión es incompatible con la índole peculiar de la obligación, recordando, por ejemplo, que no es cedible un crédito por medianería si se retiene el dominio del inmueble que originó la obligación *propter rem*.

- **Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación**

El segundo caso en el cual no se puede ceder sin asentimiento del deudor es aquel en que la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor.

No importa si la obligación es *intuitu personae* con respecto al deudor, pues en definitiva el deudor no cambia como consecuencia de la cesión; es siempre el mismo y, además, tiene que ejecutar la misma prestación. Sin embargo, sí resulta relevante, a efectos de determinar si se requiere o no del asentimiento del deudor cedido, si la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor, es decir, si

910 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 200-202.

911 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 293 y 294.

912 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 24 y 25.

en esa obligación sí resulta significativo quién es el acreedor, en la medida en que posee ciertas condiciones o cualidades personales.

Si el deudor es un pintor famoso y el acreedor le ha encargado pintar un paisaje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no interesa en realidad quién sea el acreedor pues, cualquiera que fuere, únicamente podrá exigir el cumplimiento de la prestación pactada originalmente. El acreedor cesionario no podría exigir que el deudor pintara otro paisaje debido al principio de identidad. La cesión del crédito sería, en estricto, irrelevante para el deudor cedido.

Por el contrario, sí sería importante si se hubiera pactado, por ejemplo, que el deudor cedido tuviera que representar un monólogo ante el acreedor, que es un famoso productor de cine que podría abrirle las puertas en el mundo de la actuación. En ese caso, la cesión del crédito es relevante para el deudor si el cesionario le cede su crédito a un perfecto desconocido que nada sabe de interpretación.

Para ilustrar este supuesto, nos remitimos a la Casación n.° 9712-2012-Ica, de fecha 26 de junio de 2014: «*Segundo.-* Como fundamentos de hecho señala que la demandante conjuntamente con su cónyuge Luis Octavio La Rosa Degregori adquirió el dominio del predio rústico, inscrito en la Partida Registral N° 11011176 de ocho punto mil ochocientos cincuenta Hectáreas (8.1850 Has), ubicado en el distrito de Santiago, provincia y departamento de Ica; así como del predio denominado Estancia Santa Julia inscrito en la Partida N° 11011177 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Ica de una extensión de quince hectáreas (15.00 Hs), ubicado en el distrito de Santiago, provincia y departamento de Ica; es así que mediante Contrato privado de compraventa de espárragos y recíprocamente venta de semillas con asistencia técnica, de fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, la demandante y su cónyuge se comprometieron a vender en exclusividad a COPEXA Sociedad Anónima, durante ocho años y a ($ 0.70) cero punto setenta Dólares Americanos, la integridad de la producción de espárragos, siendo que la mencionada empresa (COPEXA) se obligaba a proporcionarles, en calidad de venta, las plántulas de semillas certificadas en almácigos de espárragos y a título gratuito la asistencia técnica, por un periodo de ocho (8) años, cuya vigencia fue hasta el siete de mayo del dos mil tres; asimismo, con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y seis, ambas partes, procedieron a celebrar un Contrato de Reconocimiento de deuda y Constitución de Hipoteca Real, el cual incluía una ratificación del convenio anterior, por cuanto se reconocía que la deuda se origina por la compra de plántulas de espárragos, instalación de cultivos, capital de trabajo ascendente a ciento veintiún mil y ciento ochenta y tres con 59/100 Dólares Americanos ($ 121,183.59), comprometiéndose a pagar en armadas anuales durante los años mil novecientos noventa y siete, mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve; sin embargo, posteriormente COPEXA cedió sus derechos contenidos en la escritura pública de reconocimiento

FONDO EDITORIAL

de deuda y constitución de garantía a favor de Vidrios Industriales Sociedad Anónima - VINSA, pese a que la demandante y su cónyuge no intervinieron en dicho acto jurídico, teniendo en cuenta que existían obligaciones pactadas por parte de COPEXA referentes a prestaciones reciprocas, por lo que el deudor, en este caso la demandante, debía prestar su asentimiento. Señala que cuando se trata de una simple prestación de un deudor se puede ceder el derecho a exigirla, pero cuando existen prestaciones recíprocas, no resulta posible la cesión de derechos sino la cesión de posición contractual, establecida en el artículo 1435 del Código Civil, pues el deudor tiene que prestar su asentimiento respecto de la posible asistencia técnica por parte del cesionario. En consecuencia, la cesión de derechos efectuada por el demandado es nula, no solamente porque el artículo 1210 del Código Civil lo prohíbe por oponerse a la ley y/o naturaleza de las obligaciones recíprocas pactadas sino también por falta de manifestación de los supuestos deudores, conforme lo prescribe los incisos 1 y 7 del artículo 219 del Código Civil».[913]

- **Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional**

Con referencia a este tema, Barbero[914] señala que, independientemente de la naturaleza del objeto de la obligación, o de la inexistencia de cualquier prohibición legal, la cedibilidad puede excluirse negocialmente, es decir, por voluntad de las partes. En tal orden de ideas, Llambías[915] reseña como ejemplos de obligaciones incedibles por convenios de las partes a los documentos no negociables, los pasajes de tren, avión y barco.

Dentro de este último supuesto, el Código nacional establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión es oponible por el deudor en dos casos:

- Al cesionario de buena fe (aquél que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en el instrumento por el que se constituyó la obligación.
- Si se prueba que el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de no cesibilidad si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

913 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-9712-2012-Ica-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

914 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 293.

915 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 25.

Como la norma prescribe que el deudor podría oponerse a la cesión si él y el acreedor hubieran celebrado un pacto por el cual se prohibía ceder el crédito, si aquélla se realizara, sólo sería válida en el supuesto de que el deudor lo consintiera.

Entonces, si el deudor y el acreedor hubieran pactado la prohibición de ceder el crédito, para que el acreedor ceda el crédito necesitará del asentimiento del deudor, con lo cual la cesión para su validez se convierte en un acto de carácter trilateral, porque en ese acto tienen que participar tres partes: el deudor cedido, el acreedor cedente y el tercero cesionario. La participación del deudor cedido en el acto de cesión eliminaría el pacto de prohibición de ceder.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión de la cesión de derechos

Artículo 1211.- La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario.

En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.

1. Fuentes nacionales del artículo 1211

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema es tratado por primera vez en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1229: «Salvo pacto en contrario, la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los demás derechos accesorios del derecho transmitido.— En el caso de una cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero».

Luego, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo abordó en el artículo 1179: «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.— En el caso de una cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

El primer párrafo del artículo 1211 del Código Civil peruano, determina los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario[916]. Éstos son los siguientes:

(a) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía.

(b) Las garantías reales (prenda, anticresis o hipoteca).

(c) Las garantías personales (fianzas).

(d) Los derechos accesorios del derecho cedido, vale decir, todos aquellos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho.

Para el caso en que el derecho cedido estuviese garantizado por una prenda, de acuerdo con el supuesto del segundo párrafo del artículo 1211, podríamos deducir hasta tres posibilidades:

(a) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del acreedor, caso en el cual éste deberá entregarlo al tercero-cesionario.

(b) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder de una persona distinta del acreedor y del tercero-cesionario, vale decir, que se encuentre en poder de otro tercero, caso en el cual dicho tercero no deberá entregarlo al cesionario, sino que permanecerá como tenedor de éste.

(c) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del tercero-cesionario, caso en el cual tampoco habrá necesidad de entrega alguna, pues lo vendría poseyendo justamente quien lo requiere para asegurarse el cumplimiento de la obligación del deudor-cedido.

Resulta pertinente resaltar que la Casación n.° 2570-2005-Lima, de fecha 30 de octubre de 2006, ha precisado que la garantía a que refiere el artículo bajo análisis es genérica: «Cuando la norma refiere que la cesión comprende también a las garantías, lo hace en forma genérica, esto es, sin distinguir si se trata únicamente de garantías otorgadas por el propio obligado o por terceros. *Tercero.* En derecho de las obligaciones, el artículo 1211 del Código Civil ha previsto que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de todos los privilegios, las

916 La jurisprudencia nacional, refiriéndose a este tema, ha resuelto que: «Si la hipoteca fue cedida como consecuencia de la cesión de la obligación garantizada, dicha obligación se mantiene incólume. Por tanto este elemento del acto constitutivo de la hipoteca, esto es, la obligación garantizada, no ha sido modificado» (Resolución n.° 72-2005-SUNARP-TR-L-Lima). Asimismo, se ha dispuesto que «La cesión de derechos comprende también la transmisión de las garantías reales, por tanto, al cederse los activos en [...] que se encuentra una hipoteca, se cede también dicha garantía real» (Casación n.° 3159-2003-Lima).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido; en este contexto, cuando la ley refiere que la cesión comprende también a las garantías, lo hace en forma genérica, esto es, sin distinguir si se trata únicamente de garantías otorgadas por el propio obligado o de garantías otorgadas por terceros, por tanto, es lógico admitir que la ley ha previsto el paso de todas las garantías en general, pues por principio jurídico esencial nadie puede distinguir allí donde la ley no distingue».[917]

El segundo párrafo del artículo 1211 del Código Civil se sigue refiriendo a la prenda, luego de su derogatoria normativa que tuvo lugar en mayo del 2006 en virtud de la Ley de la Garantía Mobiliaria. Es más, se trata de uno de los pocos preceptos legales en que ha subsistido la mención positiva de la prenda en el Perú.

De otro lado, es relevante señalar que en la Casación n.° 2880-00-Lambayeque, de fecha 20 de agosto de 2001, se señala: «La cesión no sólo traslada el derecho sino los accesorios de éste. *Octavo.* La cesión de derechos es una transferencia de créditos, un acto en virtud del cual una persona originalmente acreedora opta por conceder a un tercero la titularidad, que le permite al cesionario exigir al deudor el cumplimiento de su prestación, que se ha obligado a transferir por un título distinto, como lo establece el artículo 1206 del Código Civil. *Noveno.* De conformidad con el artículo 1211 del código citado la cesión de derechos comprende, además del derecho principal cedido, la transmisión al cesionario de las garantías reales; en tal sentido, la cesión no sólo traslada el derecho sino los accesorios de éste, siendo pertinente aplicarse el citado artículo al caso de autos».[918]

Por lo demás, el primer párrafo del artículo 1211, bajo comentario, resulta perfectamente aplicable a los casos en que la cesión de derechos comprenda la transmisión de garantías mobiliarias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

917 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 905. [Texto correspondiente a la tercera edición]
918 Loc. cit.

Garantía del derecho cedido

Artículo 1212.- El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.

1. Fuentes nacionales del artículo 1212

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema fue abordado por primera vez en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1236: «El cedente queda obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario».

Luego fue tratado por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1180: «El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto».

2. Análisis

Cuando un acreedor-cedente cede un derecho en favor de un tercero-cesionario se encuentra obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.

El artículo 1212 del Código Civil peruano regula dos supuestos.

El primero referido a la garantía de la existencia de la obligación, vale decir, que la obligación que se está cediendo realmente haya surgido para el Derecho en un determinado momento y que no se encuentre extinguida por cualquiera de las formas previstas por la ley.

De Ruggiero[919] nos dice que es muy importante, en este caso, la obligación que incumbe al cedente, ya que la ley le impone garantizar al cesionario la

919 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 203 y 204.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA ECHECOPAR

subsistencia del crédito o derecho cedidos al tiempo de verificarse la cesión, o, como suele decirse, la *veritas nominis*; es esta obligación inherente al negocio jurídico que estudiamos y que se entiende asumida aun cuando la cesión se haga sin garantía. Pero agrega el citado autor que comoquiera que esta obligación no deriva de la cesión en sí, sino del negocio causal, para la existencia de dicha obligación es decisiva la naturaleza del negocio-base de la cesión; la habrá siempre que se dé la responsabilidad por evicción; mientras que si la cesión se hace *donationis causa* se aplicarán las normas reguladoras de la garantía por evicción en las donaciones, y como el donante no está, por regla general, obligado a prestarla, salvo en los casos previstos por la ley, análogamente ocurrirá con respecto a la garantía de la subsistencia del crédito.

A decir de Colin y Capitant[920], el cedente, cuando el contrato no contiene ninguna cláusula expresa relativa a la garantía debe garantizar al cesionario la existencia del crédito, pero no la solvencia del deudor cedido, lo que será conforme a la voluntad de las partes, ya que con mucha frecuencia el que cede un crédito —que por lo general lo hará por un precio inferior a su valor nominal—, lo hace precisamente para evitar las eventualidades del cobro posterior de tal crédito, quedando el cesionario pagado por el riesgo que corre con la prima que procede de la diferencia entre el valor del crédito y el precio de la cesión.

El segundo supuesto de la norma bajo análisis es el referido a la garantía de la exigibilidad del derecho cedido, entendida esta exigibilidad no como el cobro efectivo de la prestación, sino como la posibilidad legal de exigir su cumplimiento (independientemente de si dicha exigibilidad tenga éxito o no). Esta posibilidad legal está referida, concretamente, al hecho de que la obligación no haya prescrito, pues de haber ocurrido esta situación, simplemente dejará de ser exigible. Esta garantía se reduce a que pueda demostrarse la existencia de la obligación y que su cumplimiento sea posible.

- Debe señalarse, adicionalmente, que el referido artículo 1212 admite el pacto en contrario de estas dos obligaciones impuestas al acreedor-cedente.

En la primera edición de nuestro *Tratado de las Obligaciones*[921], considerábamos que no debería permitirse la estipulación en contrario del deber de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pues tal pacto podría prestarse a la comisión de fraudes. Citábamos como ejemplo el de un acreedor que había condonado una deuda y luego procedía a ceder su derecho a un tercero, preguntándonos si no estaría cometiendo un fraude. Decíamos que la respuesta afirmativa se imponía y, justamente, estas situaciones nunca deben ser permitidas por la ley, pues en este caso, incluso, se llegaría a configurar —en el campo

920 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 351 y 352.

921 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen XVI, primera parte, tomo III, p. 534.

del Derecho Penal— un acto delictivo. De ahí que incluso llegábamos a proponer una eventual modificación legislativa del artículo 1212 que pasaba por prohibir el pacto en contrario en estos casos.

Sin embargo, con el paso de los años hemos advertido que, si bien eran fundados nuestros temores, podría haber casos en los que —honestamente— el cedente no tuviese la seguridad de que el derecho que desea ceder existe o es exigible. Ello, por las más variadas razones, como podrían ser, sólo a título de ejemplos, el olvido, el desconocimiento de la realidad por tratarse de un derecho heredado, la pérdida de los recibos, el extravío de eventuales cartas notariales cursadas para interrumpir la prescripción, etcétera.

Resulta evidente que en estos casos sería de extrema pertinencia el pacto en contrario, pues afirmar o garantizar algo que a uno no le consta resultaría no sólo imprudente, sino temerario. En tal virtud es que hoy estimamos correcto el tenor del citado precepto.

Para concluir con los comentarios al artículo 1212, cabe citar lo señalado por la jurisprudencia nacional[922], cuando sostiene que: «Si el endoso de las letras de cambio puestas a cobro se efectuó con posterioridad al protesto, se produce una cesión de derechos que no perjudica el mérito ejecutivo de las cambiales, conforme el artículo 44 de la Ley de Títulos Valores. Ello trae como consecuencia que el cedente se haya obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

922 Expediente n.° 1252-97-Lima.

Garantía de la solvencia del deudor

Artículo 1213.- El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

1. Fuentes nacionales del artículo 1213

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema fue abordado por primera vez en el Perú en el Código Civil de 1936, artículo 1459: «El que cede un crédito no responde de la solvencia del deudor, sino cuando se hubiese obligado a ello, y solamente hasta la cantidad que recibió como precio».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trató el tema y tampoco lo hizo el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 legisló la materia en su artículo 1237: «Puede el cedente garantizar la solvencia del deudor.— En tal caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto».

El Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trató el tema en el artículo 1181: «El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto».

2. Análisis

Si bien el artículo 1212 del Código Civil peruano impone al acreedor-cedente la obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor.

Díez-Picazo[923] hace referencia a la responsabilidad por la *bonitas nominis*, la cual alude al riesgo por la insolvencia del deudor cedido. Así, señala que, dado que la seguridad de los acreedores reside en la capacidad económica del deudor para hacer frente a sus obligaciones, es decir, en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir, resulta importante determinar quién asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido en el caso de la transferencia de un crédito.

Cabe señalar que el Código Civil no define el término «insolvencia». Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 181 de dicho cuerpo legislativo establece que: «Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación».

Regnault señala que la garantía por la solvencia constituye un supuesto de vicio de la cosa. Lo que implica una confusión entre la situación jurídica subjetiva que se transfiere y el objeto sobre el cual recae. La insolvencia del deudor constituye un riesgo conexo a la misma titularidad del crédito, un riesgo muy ligado a la naturaleza del derecho, para poder considerarse escondido o ignorado al acto del traspaso, como ocurre en la garantía por vicios[924].

Es entonces posible, conforme a lo dispuesto por la ley peruana, que el acreedor-cedente garantice de manera expresa la solvencia del deudor-cedido.

Como afirma De Ruggiero[925], el cedente no está nunca obligado a garantizar la solvencia del deudor, o, como se suele decir, la *bonitas nominis*; pero si por pacto expreso fue establecido lo contrario, responderá. Esto es lo que Colin y Capitant[926] denominan las cláusulas extensivas de garantía, a través de las cuales el cedente garantiza expresamente al cesionario, no sólo la existencia del crédito, sino también la solvencia del deudor, estando el alcance de esta cláusula restringido por la ley desde dos puntos de vista. Como dicen los autores citados, el cedente que ha garantizado la solvencia se obliga «solamente hasta lo que importa el precio que ha obtenido por el crédito». He cedido por cuarenta mil francos un crédito de sesenta mil con garantía de solvencia —dicen los autores citados—. Si el deudor cedido es insolvente, sólo deberé reembolsar al cesionario cuarenta mil francos y no sesenta mil, pues la ley no prevé la cláusula contraria; añaden que este silencio, como es intencionado, equivale a la prohibición de una estipulación que obligaría al responsable de la solvencia al pago del crédito por todo su valor nominal; apareciendo semejante estipulación, en efecto, como ilícita en sí misma, pues serviría para burlar la prohibición del préstamo usurario.

923 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial.* Madrid: Civitas, 1996, tomo II, p. 389.

924 Regnault citado por Panuccio, Vincenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento.* Milano: A. Giuffré, 1955, p. 187.

925 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 204.

926 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 352 y 353.

Señalan además los profesores citados que cuando el cedente ha prometido la garantía de solvencia del deudor, esta promesa sólo se extiende a la solvencia actual y no se extiende a la futura, si el cedente no lo ha estipulado de manera expresa, caso en el cual, el responsable de la solvencia sólo responde del presente, pero no de la insolvencia que sobrevenga posteriormente. Esta segunda restricción descansa únicamente en la interpretación de la intención probable del cedente, viéndose que de este modo la ley autoriza la cláusula contraria, aquélla en virtud de la cual el cedente garantizará a la vez la solvencia actual y la solvencia futura, la que se llama cláusula de suministrar y hacer valer (*fournir et faire valoir*), y que convierte al cedente en fiador del cedido. Según Colin y Capitant, en la hipótesis de una cláusula de este género, el cesionario no podrá, en principio, ejercitar su acción contra el cedente hasta haber hecho excusión de los bienes del cedido, pues sólo entonces tendrá la certidumbre de su insolvencia; pero no cabe duda de que el contrato podrá autorizarle a proceder contra el cedente después de una simple negativa de éste de pagar al vencimiento.

El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si por pacto expreso fue establecido lo contrario, responderá. Si ésta fuere la situación, el acreedor, en aplicación del artículo 1213 del Código Civil peruano, quedaría obligado a lo siguiente:

(a) A responder dentro de los límites de cuanto hubiese recibido por parte del tercero-cesionario. Esto quiere decir que el acreedor deberá devolver al cesionario todo aquello que este último le hubiese pagado (de ser el caso).

(b) A pagar al cesionario los intereses devengados por los conceptos mencionados en el punto anterior.

(c) A reembolsar al cesionario los gastos que éste hubiese efectuado con motivo de la celebración del contrato de cesión de derechos, comprendiéndose dentro de este rubro a los gastos directa o indirectamente ocasionados por la celebración del contrato.

(d) A reembolsar al cesionario los gastos en que hubiese incurrido para exigir judicial o extrajudicialmente la deuda.

Al garantizar la solvencia del deudor, el acreedor está garantizando que el patrimonio de éste es lo suficientemente sólido como para responder frente a esa obligación.

Ahora bien, resulta claro que el acreedor cedente garantiza que el deudor es solvente el día en que se celebra el acuerdo de cesión, pero ¿cuánto dura esa garantía? En otras palabras, ¿hasta cuándo debe garantizar el acreedor cedente la solvencia del deudor cedido?

Es claro que, si la obligación no venciera el mismo día en que se celebra la cesión, sino tres meses después, el acreedor cedente no sólo tendría que garantizar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la solvencia el día de hoy, porque eso de nada serviría al tercero cesionario, de aquí que podría entenderse que el plazo se prorroga hasta que venza la obligación.

Lo recomendable sería que se estableciera un plazo, pues, como resulta evidente, sería temerario garantizar la solvencia de manera permanente e indefinida. De no establecerse un plazo, el acreedor cedente viviría en constante incertidumbre. Es claro, en caso contrario, que las obligaciones mencionadas subsistirán a falta de pacto distinto, pero que cedente y cesionario siempre mantendrán la más amplia libertad para modelar su relación contractual.

Cabe reparar que, aunque los casos no son iguales, la solución del artículo 1213 del Código Civil peruano difiere de la del segundo párrafo del artículo 1283 —relativo a la novación subjetiva en la modalidad de delegación—. En este último supuesto se sanciona el error o el dolo del que fue víctima el acreedor al efectuarse la delegación, manteniendo la responsabilidad del deudor primitivo y de sus garantes. Entendemos que debería haberse previsto similar solución en el caso del artículo 1213, respecto al antiguo acreedor, esto es, al cedente, pues el cedente podría conocer que el deudor es insolvente y, sin embargo, inducir de manera dolosa a un tercero a aceptar la cesión del derecho. La ley no puede proteger esta clase de fraudes. Aquí podría darse —incluso— la hipótesis del pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Además, cabe reflexionar sobre el sentido de la norma, cuando prevé, para el caso en que se garantiza la solvencia del deudor, el pago de intereses. Consideramos que el pago de intereses sólo será posible en aquellas obligaciones que consistan en dinero o sean fácilmente valorables patrimonialmente. En cambio, existiría una enorme dificultad para el caso de muchas obligaciones de hacer y la casi generalidad de las obligaciones de no hacer.

También, creemos necesario dejar establecido que las soluciones al tema contempladas por el artículo 1213 del Código nacional se tendrían que adoptar de acuerdo con la buena o mala fe del cedente, con la buena o mala fe del cesionario y teniendo en cuenta si la cesión se efectuó a título gratuito o a título oneroso.

Finalmente, debemos señalar que la garantía de la solvencia del deudor no resulta usual. Ello, en la medida en que, en la cesión de créditos, el acreedor-cedente lo que busca es dejar atrás el derecho cedido, a cambio de lo que se le pagará (o no) por la cesión. Seguir obligado, en calidad similar a la de fiador del deudor cedido, frente al tercero cesionario, no es, sin duda, un buen negocio, ni tampoco va de la mano con la práctica usual en materia de cesión[927].

927 Texto correspondiente a la tercera edición.

Cesión legal. Efectos

Artículo 1214.- Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1214

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.

Regula por primera vez el tema el Código Civil de 1936, en su artículo 1464: «Cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trata el tema, como tampoco lo hacen el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; ni el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981.

El Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, aborda el particular en el artículo 1182: «Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor».

2. Análisis

Los supuestos de los artículos 1212 y 1213 del Código Civil peruano se enmarcan dentro de los casos en que la cesión de derechos emane de un contrato celebrado entre el cedente y el cesionario, vale decir, de un pacto concertado de mutuo y libre acuerdo por las partes.

Pero como la voluntad humana no es la única fuente de las obligaciones en general, tampoco lo es para el caso de la cesión de derechos, supuesto en el cual dicha obligación (la de ceder el derecho) podría surgir en virtud de una norma legal imperativa.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA SERVIGNE

Es para este supuesto que el Código recoge lo preceptuado por el artículo 1214. Si la cesión surgiese no por voluntad del cedente sino por mandato legal, dicho cedente no respondería de su realidad (término dentro del cual el Código Civil comprende a la existencia de la obligación y a la exigibilidad de la misma), ni de la solvencia del deudor.

La solución planteada por el artículo 1214 del Código resulta justa y lógica.

Debemos señalar, antes de concluir nuestros comentarios, que el supuesto del citado numeral no es —de ninguna manera— aquél en que la cesión de derechos opera *mortis causa*, pues aquí el causante, por razones obvias, de nada respondería ante sus herederos. La hipótesis prevista por el Código se refiere, sin duda, a una cesión legal de derechos *inter vivos*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inicio de los efectos de la cesión

Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1215

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El Código Civil de 1936 regula por primera vez el tema en su artículo 1457: «No adquiere el cesionario acción contra el deudor cedido por los derechos que se le hubiere transferido, sino desde que éste acepta la traslación, o desde que se le notifica judicialmente».

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trató sobre el particular, como tampoco lo hizo el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 reguló el tema en su artículo 1233: «La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le sea comunicada»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el artículo 1183: «La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente».

2. Análisis

Navarro Pérez[928] define la notificación: «[...] como una actividad encaminada a poner en conocimiento del deudor la realización de un negocio de cesión, con el objeto de vincularse a la nueva situación».

Consideramos que sobre el tema del momento desde el cual produce efectos la cesión, contenido en el artículo 1215 del Código Civil peruano, existen dos corrientes interpretativas.

928 Navarro Pérez, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Granada: Comares, 1988, p. 112.

Una primera sostiene que es característica importante de la cesión de derechos la circunstancia de que ella no requiere para su validez y eficacia de la aceptación del deudor cedido, sino de la concurrencia de dos elementos:

(a) Del contrato de cesión de derechos celebrado entre el cedente y el cesionario.

(b) De la comunicación de la celebración de dicho contrato al deudor-cedido.

Y una segunda afirma que para la validez se requiere, además de los dos elementos anteriores, de la aceptación del deudor-cedido. Sin embargo, por nuestra parte consideramos claro que sólo la primera interpretación es la que reviste pertinencia.

En esa línea, podemos observar diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, en donde se precisa que la notificación al deudor constituye elemento importantísimo en la cesión:[929]

- Casación n.° 2252-2012-Lambayeque, de fecha 3 de abril de 2014: «No resulta eficaz la cesión si no fue debidamente comunicado el cedido. *Trigésimo Segundo*. Consideramos pertinente resaltar que si bien en la resolución de vista se analiza la inexigibilidad [de dos pagarés y una letra de cambio] a la vista; también se pronuncia sobre la notificación de la cesión de derechos prevista en el artículo 1215 del Código Civil, concluyendo que la cesión de garantías efectuada por [Banco] a favor del Ministerio de Economía y Finanzas - MEF no tiene efectos jurídicos sobre el cedido por cuanto se incumplió con la comunicación fehaciente ni tampoco fue aceptada por el deudor. Este extremo, fue el agravio principal del recurso de apelación del ejecutado, el cual ha sido absuelto en la sentencia de vista, por lo tanto, el extremo denunciado deviene en infundado».[930]
- Casación n.° 2768-2003-Arequipa, de fecha 5 de octubre de 2005: «Importancia de la notificación de la cesión. *Segundo*. Para que surta efectos plenos esta cesión frente al deudor cedido y demás terceros, es necesario que le sea comunicado al deudor cedido de la existencia de dicha cesión; puesto que este ignorando la cesión puede cumplir su obligación frente al cedente, no siendo justo que el cesionario exija al citado deudor que le pague nuevamente a él, aduciendo ser el acreedor actual, vale decir, lo que la ley exige para la eficacia de la cesión es que el deudor cedido tome conocimiento de dicha cesión, lo que en primer orden debe producirse a través de una notificación cursada a su persona por el cedente».[931]

929 Texto correspondiente a la tercera edición.

930 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 907. [Texto correspondiente a la tercera edición]

931 *Ibidem*, pp. 907-908. [Texto correspondiente a la tercera edición]

EDITORIAL GRIJLEY

Como dice De Ruggiero[932], si bien la convención obliga al cedente frente al cesionario, no produce sus efectos frente al deudor cedido, quien ignorando la cesión puede pagar a su acreedor originario con pleno efecto liberatorio; la cesión es *res inter alios acta* respecto a los terceros, y terceros son tanto el deudor cedido cuanto los acreedores del cedente y sus sucesores a título particular, todos los cuales tienen perfecto derecho a considerar al cedente como el único y verdadero acreedor. Agrega que para dar al acto eficacia plena frente a los terceros precisa un medio que dé a aquél publicidad, y este medio consiste en la notificación de la cesión hecha al deudor o en la aceptación de aquélla por este último, siendo la primera la denuncia que el cesionario o el propio cedente hacen al deudor cedido de la convención celebrada, que no es otra cosa que el acto solemne de la participación hecha al deudor de la cesión verificada, o la demanda judicial para que ejecute la prestación.

Sobre este particular, Barbero[933] nos dice que, aunque la cesión de los créditos sea un contrato consensual, y —como tal— inmediatamente operativo entre el acreedor-cedente y el adquirente-cesionario, no sería justo, sin embargo, tener obligado al deudor —que, con posterioridad a la cesión, hubiese pagado al cedente— a volver a efectuar el pago frente al cesionario, si no conocía la cesión. He aquí, a decir de Barbero, la razón de la necesidad de que el contrato de cesión sea notificado al deudor; hecha esta notificación, el deudor no estaría ya en buena fe si efectuase el pago al acreedor originario y no quedaría liberado frente al cesionario, pero, sin embargo, la notificación no es un dato imprescindible: aquí se mira la buena fe, y los efectos de la notificación se obtienen igualmente si se prueba que el deudor ha pagado al cedente, conociendo la cesión.

En esa línea, la Casación n.° 4801-2008 Callao, de fecha 26 de enero de 2009, señala: «La notificación de la cesión al deudor es para que produzca efecto en relación al deudor cedido y no respecto a la validez misma de la cesión. *Tercero.* La cesión de derechos puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor, de modo tal que la notificación a este último es para que produzca efecto en relación al deudor cedido y no respecto a la validez misma de la cesión que desde ya produce efecto entre las partes; de modo tal que quien debe alegar la falta de notificación de la cesión es el mismo deudor cedido; empero, es la parte demandada que se ha dado por enterada de dicha cesión y peticiona que surtan sus efectos frente a ella como deudora cedida; por consiguiente, la supuesta falta de notificación al deudor cedido es un agravio ajeno a la empresa actora, no estando legitimada para formularla en sede casatoria».[934]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

932 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 18.

933 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 294.

934 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 908. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Por otra parte, Barbero[935] señala que cuando el débito no es cedible por voluntad de las partes, si por un lado es verdad que la cesión es imperfecta, por el otro no es menos verdad que la voluntad que lo ha puesto puede remover el impedimento, siendo en este caso la voluntad interesada la del deudor, con relación al cual la cesión tiene efecto, no ya sólo en cuanto le haya sido notificada, sino en cuanto él la haya aceptado, aceptación que, indudablemente, tiene carácter negocial, pero que no transforma el contrato en un negocio de tres, ya que la intervención del deudor se despliega solamente con relación al acreedor originario y se orienta a remover el impedimento proveniente del pacto de no cesión.

En estas circunstancias, cabe preguntarnos por qué se ha señalado en el artículo 1215, bajo comentario, que la cesión produce efectos cuando el deudor cedido acepta dicha cesión o cuando ésta le es comunicada de modo fehaciente.

En apariencia, la mención a la aceptación del deudor-cedido carecería de objeto, ya que bastaría con la comunicación a éste de que se ha producido la cesión para que ella surta sus efectos; pudiendo posteriormente el deudor manifestar su aceptación o rechazo a dicha cesión, y siendo indiferente el contenido de la respuesta, pues necesariamente, con o sin su asentimiento, la cesión surtiría efectos.

Pero el sentido de la referencia a la aceptación por el deudor es para el caso en el cual no se le hubiese comunicado de manera fehaciente la cesión. Esta situación —se dice— comprende dos supuestos distintos:

(a) Caso en el cual no se le comunica al deudor cedido la cesión, pero éste, al enterarse por un medio distinto, manifiesta al acreedor-cedente su conformidad con dicha cesión.

(b) Caso en el cual se le comunica al deudor-cedido la cesión, pero no de manera fehaciente, y aun así dicho deudor manifiesta su voluntad afirmativa de conformidad con la cesión.

En las dos hipótesis anteriores se considerará que la cesión produce efectos, lo que equivale a decir que en estos dos casos ya no se requerirá de comunicación fehaciente.

La anotada corriente de pensamiento considera que con esta interpretación cobra sentido el artículo 1215.

Sin embargo, nosotros no compartimos esta posición. Creemos que la interpretación correcta del artículo bajo comentario es considerar que el precepto contiene dos previsiones claramente diferenciadas y de soluciones muy precisas:

(a) Una primera hipótesis en la que el deudor acepta la cesión; o lo hace interviniendo en el contrato de cesión, o previamente a él, o luego de

935 *Ibidem*, pp. 294 y 295.

celebrado. En estos casos, el deudor cedido ya no puede cuestionar la cesión, puesto que la ha aceptado.

(b) Una segunda hipótesis es aquélla en la cual no se requiere el asentimiento del deudor para la cesión, o si requerido, éste se niega a aceptarla. Entonces se le comunica en forma fehaciente, por ejemplo, por carta notarial. Aquí el deudor puede oponerse a la cesión aduciendo diversas razones, por ejemplo, que la relación obligacional es *intuitu personae*, o que hay pacto que la impide, etcétera. En estos casos, si el deudor tiene la razón, la cesión no producirá efectos respecto de él. En otras palabras, cuando el Código Civil señala que produce efectos al tiempo que le es comunicada fehacientemente, no significa que esto sea definitivo e irrevocable, ya que puede no producir efectos, si es que el deudor se opone con fundamentos. Sin duda éste es el sentido del Código.

Además, estimamos pertinente señalar que la jurisprudencia ha considerado que la carta notarial no es suficiente para comunicar al deudor sobre la cesión, si es que ésta no tiene la información completa respecto a la cesión, conforme se expone en la sentencia del Expediente n.° 08771-2017, de fecha 28 de junio de 2022: «*Décimo primero*.- En conclusión, de acuerdo con lo anotado, esta Sala Superior estima que si es el cesionario quien informa al deudor concursado sobre la cesión, si bien es válido utilizar una carta notarial con el fin de contar con una fecha cierta de la comunicación; no obstante, a efecto de considerar a dicha misiva una comunicación fehaciente en los términos del artículo 1215 del Código Civil, del contenido de la misma se debe poder identificar de manera indubitable la fecha de la cesión, el acreedor cedente, los derechos (créditos) cedidos con el detalle del monto y los conceptos a los que corresponden; asimismo, el valor de los créditos reconocidos al cedente y las resoluciones administrativas mediante las cuales se efectuó dicho reconocimiento, ello, con la finalidad de que el deudor verifique si se trata de los mismos créditos que son objeto de la cesión. En ese sentido, no es necesario ni se exige que se adjunten los contratos de cesión celebrados y los anexos que los sustentan (menos aún, que se analice la validez de dichos contratos de cesión), sino solamente que el aviso que se le envía al deudor contenga la información clara, suficiente y relevante a efecto de crear certeza sobre los créditos cedidos; lo cual, a nuestro juicio, constituiría una comunicación fehaciente».[936]

Sobre el artículo 1215, podemos citar la Casación n.° 372-2006-Arequipa, de fecha 25 de diciembre de 2006, en el sentido de que: «El deudor ha sido comunicado de la cesión de derechos al estar inscrita en los Registros Públicos, por lo que no puede alegar su ignorancia. *Vigésimo segundo*. Se puede concluir que el

936 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 375. Consultado en: https://lpderecho.pe/carta-notarial-misma-no-puede-ser-considerada-como-una-comunicacion-fehaciente-pues-solo-acredita-fecha-cierta-recepcion-mas-no-certifica-fe-contenido-exp-08771-2017-0/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

artículo 1215 del Código Civil no tiene nexo de causalidad con la resolución dictada en autos, y que sea susceptible de análisis casatorio; aun así, conforme ya se ha señalado, el supuesto del artículo 1215 del Código Civil sí se cumple en el caso de autos, puesto que, como también ha hecho mención expresa la Sala Superior, el deudor ha sido comunicado de la cesión de derechos, puesto que esta corre inscrita en los Registros Públicos, siendo una verdad legal, prevista en el artículo 2012 del Código Civil, que este y todos los coejecutados, así como todos los agentes económicos, tienen conocimiento pleno del contenido de los asientos registrales, no pudiendo alegar su ignorancia; siendo esto así, la aplicación de la norma invocada no cambia la decisión adoptada por las instancias, por lo que este extremo deviene en infundado».[937]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

937 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 907. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Excepción de la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación

Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

1. Fuentes nacionales del artículo 1216

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema fue abordado por primera vez en el Perú por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1234: «El deudor que aun antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada»; siendo posteriormente regulado por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1184: «El deudor que aun antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada».

2. Análisis

El principio general que se puede deducir del artículo 1216 del Código Civil peruano es que el deudor que antes de la comunicación o de la aceptación cumple con la prestación respecto al acreedor cedente, queda liberado ante el cesionario y, por consiguiente, no queda liberado ante dicho cesionario si éste prueba que el deudor conocía de la cesión realizada.

Esta última excepción trata de una hipótesis muy remota. Sería el caso de un deudor excesivamente generoso que esté deseoso de pagar dos veces. Sin duda, son muy poco frecuentes los deudores de esta especie.

ESTUDIO ITALO CAMPO FREYRE

Como dice De Ruggiero[938], el deudor cedido no puede, desde el momento en que se le notifica la cesión, cumplir la prestación en favor del cedente; si éste, no obstante, realiza la prestación en favor del cedente, el pago carece de eficacia liberatoria respecto al cesionario, razón por la cual los acreedores del cedente no pueden accionar ejecutivamente contra el crédito, cuya disponibilidad perdió aquél para el deudor y para los terceros.

Según el citado tratadista, a partir del momento de la notificación o de la aceptación, el deudor cedido debe realizar la prestación en favor del cesionario, sin que le sea lícito indagar la causa de la cesión, porque la relación entre cedente y cesionario le es extraña.

A su turno, Gavidia Sánchez[939] señala que: «La razón de ser del efecto liberatorio del pago hecho al cedente antes de la notificación de la cesión no es otra que el hecho de que el *accipiens* sigue siendo para el deudor el verdadero (y único) acreedor».

Sin embargo, resulta necesario aclarar que estamos ante un supuesto en el cual el deudor-cedido no ha sido notificado de la cesión celebrada, ya que, si este fuese el caso, el deudor-cedido tampoco quedaría liberado luego de haber pagado al acreedor, lo que equivale a decir que tendría que pagar necesariamente al tercero cesionario.

Pensamos que respecto del acreedor-cedente a quien se efectuó el pago, el deudor-cedido tendría la acción por enriquecimiento sin causa, a fin de que se le restituya lo pagado, ya que no podría plantear una acción de pago indebido, puesto que éste no se habría realizado mediando error de hecho ni de derecho.

ESTUDIO MARCIAL CASTILLO FREYRE

938 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 205 y 206.

939 Gavidia Sánchez, Julio Vicente. «El sistema codificado francés de cesión de créditos». En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, tomo XLIV, fascículo undécimo, abril-junio 1991, p. 498.

Prelación en la concurrencia de cesionarios

Artículo 1217.- Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado (Artículo hoy derogado)[940].

1. Fuentes nacionales del artículo 1217

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema fue abordado por primera vez en el Perú por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1235: «Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado»; y, posteriormente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1985: «Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado».

2. Análisis

Cabe la posibilidad de que un acreedor inescrupuloso ceda el mismo derecho a varias personas de manera sucesiva. Planteada una situación como la expuesta, surgiría el problema de saber cuál de los terceros-cesionarios debe ser preferido como nuevo titular del derecho cedido.

El legislador de 1984 optó por brindar una respuesta normativa a dicha problemática, que se encontraba plasmada en el hoy derogado artículo 1217.

940 Artículo derogado por la Ley n.° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, publicada el 1 de marzo 2006.

En el citado precepto se establecía que prevalecería la cesión que primero fue comunicada al deudor o la primera que éste hubiese aceptado (en el supuesto de que no le hubiese sido comunicada o que, habiéndolo sido, no se le hubiese hecho de manera fehaciente). En tal sentido, resultaba evidente que no tenía ningún valor ni importancia el orden en que el acreedor-cedente hubiera cedido el derecho a los diversos terceros-cesionarios, ya que en virtud del precepto que analizamos, no se prefería al tercero cuya cesión revestía la mayor antigüedad, sino a aquél cuya cesión fue comunicada en primer lugar (o tal vez única) al deudor-cedido.

Como dice Domenico Barbero[941], prevalecerá aquella cesión cuya adquisición, aunque posterior a otra, ha sido primeramente notificada al deudor cedido; o aquélla que fue aceptada primero.

Para Llambías[942] el criterio legal es sumamente claro; el cesionario que es el primero en notificar la cesión, o que primeramente cuenta a su favor con la aceptación auténtica del deudor, es preferido a los demás cesionarios, sin que se considere la fecha de la cesión, sino la fecha de la notificación o aceptación. Lo que es lógico, pues esta circunstancia es la que opera *erga omnes* el traspaso del crédito, de manera que siendo los cesionarios terceros entre sí, sólo queda consumada la cesión efectuada a favor del primero que ha notificado la cesión, o a quien se la ha aceptado el deudor; los demás cesionarios sólo lo son de nombre, porque no pueden objetar la consumación de la cesión a favor de quien tiene preeminencia sobre ellos, quedándoles sólo una acción de daños y perjuicios contra el cedente que les ha transmitido un derecho vacío de contenido.

La solución adoptada por el hoy derogado artículo 1217 del Código Civil peruano podía resultar discutible en la medida en que el orden de preferencia establecido para tal efecto no tenía nada que ver con la diligencia que hubiera empleado cada tercero-cesionario para la celebración del contrato respectivo.

Una corriente de pensamiento referida a este numeral consideraba, por eso, que hubiese podido adoptarse un criterio similar al previsto en las normas de concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1135 y 1136 del Código Civil), prescindiendo de la entrega (para el caso de los bienes muebles) o de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (para el caso de los bienes inmuebles); es decir, un orden de preferencia basado en los documentos de fecha cierta y, dentro de ellos, aquéllos que revistan la fecha cierta más antigua.

Pero, a nuestro juicio, dicha solución no hubiera sido adecuada, porque se trata de supuestos no asimilables. El trecho entre las obligaciones de dar y la cesión de derechos es muy distante.

941 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 295.

942 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 50 y 51.

Creemos que la solución del Código era la correcta. Sin embargo, cabía hacer una precisión en el sentido de que el cesionario, para que le hubiesen sido de aplicación las reglas de concurrencia, debía haber actuado de buena fe. Estos criterios no se incluyeron en el artículo 1217 del Código, por considerarse innecesarios y de fácil solución por los principios generales del Derecho.

El artículo 1217 fue derogado expresamente por la Ley n.º 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria.

En ese sentido, resulta oportuno señalar que dicha ley establecía un orden distinto de preferencia ante la eventual concurrencia de cesionarios:

> Artículo 27.- *Prelación con respecto a la cesión de derechos*
>
> La inscripción de la cesión de derechos en el Registro correspondiente, ya sea en propiedad o en garantía, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal inscripción.
>
> La cesión inscrita en el Registro correspondiente prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido.
>
> La cesión de derechos, ya sea en propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título.

Lo destacable de este precepto se restringe, básicamente, a que en él se establece que se puede inscribir la cesión de derechos, primando esa inscripción sobre la cesión notificada al deudor. La consecuencia práctica que se desprende de esta norma es que al cesionario ya no le importa que la cesión sea notificada al deudor cedido, sino que sea inscrita, pues de no hacerlo corre el riesgo de que el acreedor ceda el derecho a un segundo cesionario que sí lo inscriba, perjudicando con ello sus intereses.

Con esta norma, entonces, no se realiza un cambio significativo en cuanto a la idea misma de la cesión de derechos, lo que se ha hecho es dar la posibilidad de inscribir la cesión y, en tanto esa inscripción es pública, evitar conflictos cuando haya concurrencia de cesionarios.

Se podría señalar, sin embargo, que la inscripción no sólo se refiere a la cesión de derechos en garantía, sino también en propiedad, lo que, en definitiva, ha aumentado los costos del cesionario.

Por otra parte, el citado precepto presenta el grave inconveniente de obligar —en la práctica— a hacer pública toda cesión de derechos, contrariando la reserva que muchas veces las partes desean guardar con respecto al acto celebrado.

Sin embargo, dicha norma no puede oponerse al deudor cedido cuando éste, por haberse pactado así, tuviera que dar su conformidad a la cesión. En este caso siempre prevalecerá la cesión que hubiese aceptado el deudor y no aquélla que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hubiese sido inscrita primero. Lo propio rige para los casos en que el deudor cedido deba prestar su asentimiento dada la naturaleza de la obligación.

Ello nos lleva a afirmar que la derogatoria completa del artículo 1217 del Código Civil fue poco meditada.

Cabe señalar además que, en la llamada "Nueva Ley de la Garantía Mobiliaria", aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1400, no hay una disposición similar al artículo 27 —anteriormente citado—. Asimismo, se ha dispuesto que la vigencia de este cuerpo normativo se encuentre en *vacatio legis* hasta el funcionamiento de la base de datos del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias, el cual deberá ser implementado por la SUNARP[943].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

943 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

Nota del editor (de la primera edición) 5
Prólogo a la primera edición 9
Prólogo a la segunda edición 13
A manera de presentación 17
Nota preliminar de los autores a la segunda edición 23
Palabras liminares a la tercera edición 27

FELIPE OSTERLING PARODI, EL MAESTRO

- Veinte años de Derecho de Obligaciones 33
- La importancia del Derecho Civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía
- Discurso de presentación de la segunda edición del Tratado de Derecho de las Obligaciones, escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre 61
- El artículo que nunca quise escribir (A propósito del fallecimiento de Felipe Osterling) 67
- Discurso de orden en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi y a los codificadores de 1984, pronunciado en el Congreso Internacional de Derecho Civil en conmemoración de los 30 años del Código Civil peruano organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 69
- El aporte del doctor Felipe Osterling Parodi al Derecho de las Obligaciones 85

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

1. Nota preliminar 97
2. Definición de obligación y conceptos generales 118
3. Evolución de las obligaciones 127

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Naturaleza jurídica de la obligación 131
a. Obligaciones civiles propiamente dichas 139
b. Deberes jurídicos con contenido patrimonial 140
c. Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial 140
d. Deberes morales o de solidaridad social 141
e. Deberes generales que carecen de contenido patrimonial 141
5. Elementos de la obligación 144
a. Sujetos de la obligación 145
b. Vínculo jurídico 146
c. Objeto de la obligación 148
d. Causa de la obligación 160
6. Clasificación de las obligaciones 168
a. Por su fuente 168
b. Por la naturaleza de la prestación 170
c. Por la pluralidad de objetos 172
d. Por la pluralidad de sujetos 173
e. Por estar determinada o ser determinable la prestación 175
f. Por su independencia 175
g. Por ser puras o modales 176
h. Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas 177
i. Por el contenido de la prestación 178
j. Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias 178
k. Por ser obligaciones de medios o de resultado 179
• Los seguidores de Demogue 184
• La doctrina ecléctica 188
• Los detractores de Demogue 189
• La teoría de René Demogue. Los contradictorios «medios» y «resultados» 191
• Los veintiocho supuestos de René Demogue 196
• La obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto como supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones 206
• La promesa de la obligación o del hecho de un tercero como excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones 208
• A modo de conclusión 223
l. Obligaciones ambulatorias o *propter rem* 226
m. Por su exigibilidad 227
7. Obligaciones y derechos reales 241
8. Las astreintes 247

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Civil peruano de 1984

LIBRO VI
LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
Las obligaciones y sus modalidades

TÍTULO I
OBLIGACIONES DE DAR

- Consideraciones generales sobre las obligaciones de dar 257

EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIEN CIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1132 260
2. Análisis 261

DEBER DE INFORMACIÓN DEL DEUDOR AL ACREEDOR SOBRE EL ESTADO DEL BIEN

1. Fuentes nacionales del artículo 1133 267
2. Análisis 267

GASTOS DE CONSERVACIÓN DEL BIEN

1. Fuentes nacionales del artículo 1134 270
2. Análisis 271

CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE BIENES INMUEBLES Y MUEBLES

CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE BIENES INMUEBLES

1. Fuentes nacionales del artículo 1135 275

CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE BIENES MUEBLES

1. Fuentes nacionales del artículo 1136 277
2. Análisis de los artículos 1135 y 1136 279
   2.1. Análisis del sistema de transferencia de propiedad 280

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.1. El sistema de derechos de propiedad: una perspectiva económica 281
2.1.2. Importancia del derecho de propiedad en el Derecho francés.. 284
2.1.2.1. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés prenapoleónico 288
2.1.2.2. Características del contrato de compraventa en el Código Civil francés 295
2.1.3. La transferencia de propiedad en el Derecho peruano 309
2.1.3.1. Código Civil de 1852 310
2.1.3.2. Código Civil de 1936 311
2.1.3.3. Código Civil de 1984 312
2.1.3.4. A manera de síntesis 313
2.1.4. ¿Registro constitutivo? 314
2.1.4.1. La búsqueda de seguridad: importancia de la publicidad registral 314
2.1.4.2. Sistema registral declarativo vs. sistema registral constitutivo 315
2.1.4.3. ¿Una propuesta novedosa? 316
2.1.4.3.1. El Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984 323
2.1.4.3.2. A modo de conclusión 334
2.2. Concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles 337
2.2.1. Distinción entre la concurrencia de acreedores y la transferencia de propiedad 337
2.2.2. Concurrencia de acreedores de bien inmueble 342
2.2.3. Concurrencia de acreedores de bien mueble 348
2.2.4. La buena fe en las reglas de concurrencia de acreedores 351
2.2.5. El problema de los documentos de fecha cierta 354
2.2.6. Análisis de los diversos supuestos de concurrencia de acreedores de acuerdo a las diversas clases de bienes que son susceptibles de formar parte de un contrato de compraventa... 358
2.2.6.1. Compraventa de bienes que ya han dejado de existir. 358
2.2.6.1.1. Bienes que han dejado de existir totalmente 358
2.2.6.1.2. Bienes que han dejado de existir parcialmente 359
2.2.6.2. Compraventa de bienes futuros 359
2.2.6.2.1. Bienes *in rerum natura* 359
2.2.6.2.2. Bienes *non in rerum natura* 359

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.6.3. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir 360
2.2.6.4. Compraventa de bienes presentes 360
2.2.6.4.1. Bienes inmuebles 360
2.2.6.4.2. Bienes muebles 362

SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE UN BIEN CIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1137 363
2. Análisis 364
2.1. Perecimiento del bien o daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. 365
2.2. Desaparición del bien 366
2.3. Irrecuperabilidad del bien 368
2.4. Que el bien quede fuera del comercio 369

TEORÍA DEL RIESGO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIEN CIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1138 375
2. Análisis 380
2.1. El principio *res perit domino* 382
2.2. Fundamento de la teoría del riesgo 384
2.3. Aplicación de las reglas de la teoría del riesgo 385
2.3.1. Inciso primero 385
2.3.2. Inciso segundo 387
2.3.3. Inciso tercero 388
2.3.4. Inciso cuarto 389
2.3.5. Inciso quinto 389
2.3.6. Inciso sexto 393

PRESUNCIÓN DE CULPA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1139 394
2. Análisis 394

PÉRDIDA DEL BIEN EN OBLIGACIÓN PROVENIENTE DE DELITO O FALTA

1. Fuentes nacionales del artículo 1140 396
2. Análisis 397

GASTOS DE CONSERVACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1141 399
2. Análisis 399

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

OBLIGACIÓN DE DAR BIEN INCIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1142 406
2. Análisis 406
2.1. Consideraciones generales 406
2.2. Requisitos mínimos 409

REGLAS PARA ELECCIÓN DE BIEN INCIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1143 421
2. Análisis 423
2.1. Generalidades 423
2.2. Características del bien 424
2.3. Carácter de la función del tercero encargado de la determinación del bien 428
2.3.1. Árbitro 428
2.3.2. Perito 429
2.3.3. Arbitrador 430
2.3.4. Mandatario 430

PLAZO PARA LA ELECCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1144 433
2. Análisis 434

IRREVOCABILIDAD DE LA ELECCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1145 436
2. Análisis 436
2.1. Teorías sobre la elección del bien 436
2.1.1. Teoría de la separación 437
2.1.2. Teoría de la tradición 437
2.1.3. Teoría de la declaración aceptada 437
2.1.4. Teoría de la declaración recepticia 437
2.2. Carácter irrevocable de la elección 437
2.2.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad 438
2.2.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio 439

EFECTOS ANTERIORES A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL BIEN INCIERTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1146 440
2. Análisis 441

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

REGLAS APLICABLES DESPUÉS DE LA ELECCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1147 447
2. Análisis 448
3. La línea divisoria entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las de dar bienes fungibles 450

TÍTULO II
OBLIGACIONES DE HACER

PLAZO Y MODO DE CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER

1. Fuentes nacionales del artículo 1148 455
2. Análisis 456

EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR TERCEROS

1. Fuentes nacionales del artículo 1149 467
2. Análisis 468
2.1. Generalidades 468
2.2. Excepciones 470

OPCIONES DEL ACREEDOR POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

1. Fuentes nacionales del artículo 1150 472
2. Análisis 474
2.1. Precisiones necesarias 474
2.2. Opciones 474
2.2.1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido 474
2.2.2. Que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste 479
2.2.3. Facultar al acreedor para dejar sin efecto la obligación 482

OPCIONES DEL ACREEDOR POR EJECUCIÓN PARCIAL, TARDÍA O DEFECTUOSA

1. Fuentes nacionales del artículo 1151 484
2. Análisis 485
2.1. Alcances de la norma 485
2.1.1. Respecto de la integridad de la prestación, resulta obvio que ésta debe ser cumplida en su totalidad, lo que equivale a decir que el deudor tendrá que ejecutar, ni más ni menos, aquello a lo que se ha obligado frente al acreedor 485

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.2. Respecto del momento en el que se debe ejecutar la obligación, ésta será de cumplimiento oportuno en la medida en que tal ejecución se efectúe estrictamente a partir del plazo establecido 486
2.1.3. Respecto a la forma en que se ejecuta la prestación objeto de la obligación, ella debe ser la adecuada, es decir, realizarse de la manera pactada y con las características convenidas (o establecidas legalmente) 486
2.2. Alternativas del acreedor ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por culpa del deudor 488
2.2.1. Ejercitar las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150 488
2.2.2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él 488
2.2.3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial 489
2.2.4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere 490

DERECHO DEL ACREEDOR A SER INDEMNIZADO

1. Fuentes nacionales del artículo 1152 492
2. Análisis 493

CUMPLIMIENTO DEFICIENTE SIN CULPA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1153 496
2. Análisis 496

IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1154 498
2. Análisis 499

IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1155 501
2. Análisis 502

IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN SIN CULPA DE LAS PARTES

1. Fuentes nacionales del artículo 1156 504
2. Análisis 505

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ADQUISICIÓN POR EL DEUDOR DE UNA INDEMNIZACIÓN O DE DERECHOS COMO CONSECUENCIA DE LA INEJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CULPA SUYA

1. Fuentes nacionales del artículo 1157 506
2. Análisis 507

TÍTULO III
OBLIGACIONES DE NO HACER

DERECHOS DEL ACREEDOR POR INCUMPLIMIENTO CULPOSO

1. Fuentes nacionales del artículo 1158 511
2. Análisis 513
   - 2.1. Generalidades 513
   - 2.2. Alcances del artículo 1158 517
     - 2.2.1. Exigir la ejecución forzada de la prestación, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor 518
     - 2.2.2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor 520
     - 2.2.3. Dejar sin efecto la obligación 521

INDEMNIZACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1159 522
2. Análisis 523

NORMAS APLICABLES A OBLIGACIONES DE NO HACER

1. Fuentes nacionales del artículo 1160 524
2. Análisis 525

TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

- Obligaciones conjuntivas 529

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1161 536
2. Análisis 537

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ELECCIÓN DE LA PRESTACIÓN ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE?

1. Fuentes nacionales del artículo 1162 546
2. Análisis 548

FORMAS DE REALIZAR LA ELECCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1163 551
2. Análisis 552

ELECCIÓN EN OBLIGACIÓN DE PRESTACIONES PERIÓDICAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1164 555
2. Análisis 556
2.1. Generalidades 556
2.2. Posibilidad de entrelazar los criterios clasificatorios de las obligaciones de objeto plural 558
2.2.1. Criterios aplicables a nivel de prestaciones periódicas 559
2.2.2. Criterios aplicables a nivel del objeto de las prestaciones 561

REGLAS RELATIVAS A LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES CUANDO LA ELECCIÓN CORRESPONDE AL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1165 565

REGLAS RELATIVAS A LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES, CUANDO LA ELECCIÓN CORRESPONDA AL ACREEDOR, A UN TERCERO O AL JUEZ

1. Fuentes nacionales del artículo 1166 569
2. Análisis de los artículos 1165 y 1166 572

SUPUESTO EN EL CUAL LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA SE CONVIERTE EN UNA DE OBJETO SIMPLE

1. Fuentes nacionales del artículo 1167 579
2. Análisis 580

OBLIGACIONES FACULTATIVAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1168 582
2. Análisis 583

EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA

1. Fuentes nacionales del artículo 1169 591
2. Análisis 592

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONVERSIÓN DE OBLIGACIÓN FACULTATIVA EN SIMPLE

1. Fuentes nacionales del artículo 1170 594
2. Análisis 594

PRESUNCIÓN DE OBLIGACIÓN FACULTATIVA

1. Fuentes nacionales del artículo 1171 596
2. Análisis 596

OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

- Consideraciones generales 601

TÍTULO V
OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

1. Antecedentes históricos 613

PRINCIPIO DE DIVISIBILIDAD

1. Fuentes nacionales del artículo 1172 623
2. Análisis 625

PRESUNCIÓN DE DIVISIÓN DEL CRÉDITO O LA DEUDA EN PARTES IGUALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1173 635
2. Análisis 636

OPOSICIÓN DEL BENEFICIO DE LA DIVISIÓN EN LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Y MANCOMUNADAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1174 641
2. Análisis 642

OBLIGACIONES INDIVISIBLES

1. Fuentes nacionales del artículo 1175 645
2. Análisis 646
   - 2.1. Concepto 646
   - 2.2. Supuestos de indivisibilidad en el Derecho peruano 649
     - 2.2.1. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley 649

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.2. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación 649
2.2.3. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por el modo en que fue considerada al constituirse..... 650
2.3. Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles..... 654
2.4. Las obligaciones solidarias y otras clases de obligaciones..... 657
2.4.1. Las obligaciones *in solidum* o concurrentes..... 658
2.4.2. Las obligaciones disyuntivas..... 661
2.4.3. Las obligaciones conexas..... 665
2.4.4. Las obligaciones parciarias..... 666
2.4.5. Las obligaciones parciales..... 667

EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA PRESTACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1176..... 668
2. Análisis..... 669

LAS DIFÍCILES RELACIONES ENTRE EL DERECHO SUCESORIO Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES EN TORNO A LA DIVISIBILIDAD, INDIVISIBILIDAD, MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD

1. Fuentes nacionales del artículo 1177..... 678
2. Análisis..... 679
2.1. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria..... 684
2.2. Principios aplicables antes de la muerte..... 686
2.3. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores..... 687
2.3.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero..... 687
2.3.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero..... 687
2.3.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada..... 687
2.3.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada..... 687
2.3.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria... 690
2.3.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria..... 692
2.3.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada..... 692
2.3.2.2.2. Si se trata de una sucesión testamentaria... 693
2.3.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada..... 694
2.3.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada..... 694
2.3.2.3.2. Si se trata de una sucesión testamentaria... 695

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria 695
2.3.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada 695
2.3.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria ... 696
2.4. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores 696
2.4.1. Si la obligación es divisible y mancomunada 701
2.4.2. Si la obligación es divisible y solidaria 701
2.4.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada 701
2.4.4. Si la obligación es indivisible y solidaria 701
2.5. Comentarios finales 702

CONSOLIDACIÓN ENTRE EL ACREEDOR Y UNO DE LOS DEUDORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1178 704
2. Análisis 705

NOVACIÓN Y OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES ENTRE EL DEUDOR Y UNO DE LOS ACREEDORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1179 709
2. Análisis 710

CONVERSIÓN DE OBLIGACIÓN INDIVISIBLE EN OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

1. Fuentes nacionales del artículo 1180 712
2. Análisis 713

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS A LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

1. Fuentes nacionales del artículo 1181 717
2. Análisis 718

TÍTULO VI
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1182 727
2. Análisis 728
2.1. Concepto 728
2.2. Reglas aplicables a las obligaciones solidarias 733

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA SOLIDARIDAD Y LA PRESUNCIÓN DE MANCOMUNIDAD EN LAS OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1183 736
2. Análisis 738
   - 2.1. Generalidades 738
   - 2.2. Naturaleza jurídica de la solidaridad 739
     - 2.2.1. Teoría del mandato tácito 739
     - 2.2.2. Teoría que relativiza aquélla del mandato tácito 742
     - 2.2.3. Teoría de la cláusula relativa a la unidad de la obligación 743
     - 2.2.4. Teoría de la sociedad 743
     - 2.2.5. Teoría de la unidad de vínculo 744
     - 2.2.6. Teoría de la función de garantía 745
     - 2.2.7. Teoría finalista 745
     - 2.2.8. Teoría basada en la distinción entre deuda y responsabilidad 745
     - 2.2.9. Teoría del fin y de la pluralidad de relaciones obligatorias singulares 745
     - 2.2.10. Teoría autónoma 746
     - 2.2.11. Nuestra opinión 747
   - 2.3. Las fuentes de la solidaridad 750
   - 2.4. Presunción de mancomunidad 754
   - 2.5. Solidaridad pasiva y fianza solidaria 757

SOLIDARIDAD PASIVA. OBLIGACIÓN DE LOS DEUDORES CON MODALIDADES DIFERENTES

1. Fuentes nacionales del artículo 1184 760
2. Análisis 761

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS ACTIVAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1185 765
2. Análisis 766

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS PASIVAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1186 769
2. Análisis 770

TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA

1. Fuentes nacionales del artículo 1187 777
2. Análisis 778

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SUPUESTOS DE NOVACIÓN, COMPENSACIÓN, CONDONACIÓN Y TRANSACCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LA OBLIGACIÓN, PRACTICADOS POR EL ACREEDOR COMÚN Y UNO DE LOS DEUDORES EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1188 780
2. Análisis 783

SUPUESTOS DE NOVACIÓN, COMPENSACIÓN, CONDONACIÓN Y TRANSACCIÓN PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN PRACTICADOS POR EL ACREEDOR COMÚN Y UNO DE LOS DEUDORES EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1189 792
2. Análisis 793

EXTINCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA SOLIDARIDAD ENTRE EL DEUDOR Y UNO DE LOS ACREEDORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1190 799
2. Análisis 801

EXTINCIÓN PARCIAL DE LA SOLIDARIDAD POR CONSOLIDACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1191 805
2. Análisis 806

EXCEPCIONES PASIBLES DE SER OPUESTAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1192 808
2. Análisis 809

EFECTOS DE LA SENTENCIA

1. Fuentes nacionales del artículo 1193 812
2. Análisis 813

CONSTITUCIÓN EN MORA DE UN CODEUDOR O DE UN COACREEDOR SOLIDARIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1194 818
2. Análisis 819

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE UNO O MÁS CODEUDORES SOLIDARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1195 826
2. Análisis 827

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CONTRA UNO DE LOS CODEUDORES O COACREEDORES SOLIDARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1196 829
2. Análisis 830

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CONTRA UNO DE LOS CODEUDORES O COACREEDORES SOLIDARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1197 838
2. Análisis 839

RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN POR UN CODEUDOR SOLIDARIO O EN FAVOR DE UN COACREEDOR SOLIDARIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1198 842
2. Análisis 843
2.1. Consideraciones generales en torno a la renuncia a la prescripción 843
2.1.1. Alcances de la renuncia a la prescripción 844
2.1.2. Formas de renuncia a la prescripción 845
2.2. La renuncia a la prescripción en las obligaciones solidarias 846

RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA POR UN CODEUDOR SOLIDARIO O A FAVOR DE UN COACREEDOR SOLIDARIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1199 848
2. Análisis 848

RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD

1. Fuentes nacionales del artículo 1200 850
2. Análisis 851

RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DE UNO DE LOS DEUDORES, RESULTANDO INSOLVENTE(S) OTRO U OTROS DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1201 854
2. Análisis 855

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DE PARTE DE LOS FRUTOS O INTERESES

1. Fuentes nacionales del artículo 1202 857
2. Análisis 858

DIVISIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN LAS RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS DIVERSOS CODEUDORES O COACREEDORES SOLIDARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1203 859
2. Análisis 860

SUPUESTO DE INSOLVENCIA DE ALGÚN CODEUDOR SOLIDARIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1204 868
2. Análisis 869

TÍTULO VII
RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1205 875
2. Análisis 876

TÍTULO VIII
TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO ÚNICO
CESIÓN DE DERECHOS

CESIÓN DE DERECHOS. DEFINICIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1206 895
2. Análisis 896
   - 2.1. Concepto 896
   - 2.2. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y otras figuras jurídicas 907
     - 2.2.1. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual 907

ESTUDIO MARCO CASTILLO FREYRE

2.2.1.1. Semejanzas 907
2.2.1.2. Diferencias 908
2.2.2. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y el pago con subrogación 910
2.2.2.1. Semejanzas 910
2.2.2.2. Diferencias 911
2.2.3. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor 912
2.2.3.1. Semejanzas 912
2.2.3.2. Diferencias 912
2.2.4. Diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas 914

FORMALIDAD DE LA CESIÓN DE DERECHOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1207 916
2. Análisis 916

DERECHOS QUE PUEDEN SER CEDIDOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1208 920
2. Análisis 920

CESIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN UN PATRIMONIO HEREDITARIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1209 923
2. Análisis 923

INEFICACIA DE LA CESIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1210 927
2. Análisis 928

EXTENSIÓN DE LA CESIÓN DE DERECHOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1211 932
2. Análisis 933

GARANTÍA DEL DERECHO CEDIDO

1. Fuentes nacionales del artículo 1212 935
2. Análisis 935

GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1213 938
2. Análisis 938

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CESIÓN LEGAL. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1214 942
2. Análisis 942

INICIO DE LOS EFECTOS DE LA CESIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1215 944
2. Análisis 944

EXCEPCIÓN DE LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR POR CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1216 950
2. Análisis 950

PRELACIÓN EN LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1217 952
2. Análisis 952

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en setiembre de 2024, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE