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 II

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 II

© 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 II: 978-612-333-113-9

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: Jaime Gamarra Zapata
Miguel Hernández Sandoval

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

SECCIÓN SEGUNDA
Efectos de las obligaciones

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

El principio de transmisión de las obligaciones a los herederos

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1218

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a una forma legal determinada, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 114, Título XVIII, Partida Tercera.

También puede mencionarse a la Ley 14 de Partidas, Título XI, Partida Quinta: «*E si por auentura muriesse alguno dellos, ante que se cumpliesse la condición, o que viniesse el día a que lo deuieran cumplir; los sus herederos, de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, para cumplir lo que fue prometido; maguer viniesse la condición, o el día, después de la muerte de qualquier dellos*»; a la Ley 11, Título XIV, Partida Tercera: «*Todo ome que faze pleyto, o postura con otri, que lo faze también por sus herederos, como por sí; maguer ellos non sean nombrados en la postura*»; a la Ley 15, Título XI, Partida Quinta: «*Los herederos de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados para cumplir lo que fue prometido*»; y a la Ley 12, Título XI, Partida Quinta.

El *Fuero Real* trataba el tema en la Ley 3, Título XI, Libro I: «*Si algun home ficiere Pleyto (contrato) derecho con otro, el que heredare lo suyo, quier sea fijo, quier otro, sea tenido de guardar el Pleyto, así como era tenido aquel que fizo el Pleyto*».

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.

Sí es tratado por el Código Civil de 1852, artículo 1260: «Los contratantes se obligan para sí y sus herederos, a no ser que se exprese lo contrario o resulte de la naturaleza del convenio»; por el Proyecto de Código Civil de 1890, artículo 1408: «Las obligaciones no producen efecto, sino entre acreedor y deudor, entre éste y los sucesores de aquél y viceversa, y entre los respectivos sucesores, a quienes

LEÓN HUAYANCA CASTILLO FIEYRE

han sido transmitidas legalmente.— Los herederos de la persona que ha contraído una obligación, deben cumplirla en los mismos términos que el heredado»; por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 194: «La obligación cuando no es inherente a la persona del deudor se transmite a sus herederos»; por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 184: «La obligación cuando no es inherente a la persona del deudor se transmite a sus herederos»; por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1223: «La obligación cuando no es inherente a la persona se transmite a los herederos»; y por el Código Civil de 1936, artículo 1232: «La obligación, cuando no es inherente a la persona, se transmite a los herederos».

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

2. Análisis

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

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

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

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

Como enseña Arturo Valencia Zea[944], la muerte de los deudores no suele ser causal de extinción de obligaciones, pues los herederos suceden al causante en todos sus bienes y deudas, razón por la cual el heredero está obligado a pagar o a exigir las obligaciones de su causante en las mismas condiciones que aquél las había contraído. El autor citado agrega que, no obstante, el beneficio de inventario limita el alcance de aquella regla y el heredero que acepta beneficiarse sólo se obliga hasta la concurrencia de los bienes que efectivamente reciba, de lo que se deducen estas consecuencias: 1) si el causante había contraído obligaciones, pero en el momento de su muerte no deja bienes, sus herederos no contraen obligación de pagarlas, si invocaron el beneficio de inventario; de donde se infiere que las citadas obligaciones se extinguen definitivamente; 2) si las deudas del causante son superiores a los bienes que deja al morir, los herederos sólo están obligados a pagar deudas hasta la concurrencia de los bienes recibidos; por lo tanto, las obligaciones no se satisfacen plenamente, vale decir, se extinguen definitivamente en la parte que no se pudo satisfacer.

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

Así también lo ha desarrollado la jurisprudencia mediante la Casación n.º 4124-2006-Ica, de fecha 25 de junio de 2007, que señala, «La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona. *Quinto.* El artículo 1218 del Código Civil regula la transmisión de obligaciones por causa de muerte, señalando

944 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 460.

expresamente que la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona o, en otras palabras, cuando es personalísima o intuito personae, es decir, cuando el obligado fue elegido en mérito a sus virtudes o cualidades personales, de forma tal que a su fallecimiento los herederos no estarían en aptitud de cumplir con la prestación a la que éste se encontraba obligado, sea legal o convencionalmente».[945]

La obligación asumida en un contrato de mutuo —por citar un ejemplo— se transmitirá, sin duda, a los herederos del deudor, salvo estipulación en contrario. La obligación de hacer *intuitu personae*, vale decir, aquélla en que el deudor fue elegido por sus cualidades personales, no se transmitirá, por supuesto, a sus herederos[946].

Otro caso que ha desarrollado la jurisprudencia es el de la transmisión del derecho real de garantía, como se analiza en la Casación n.° 2147-2001-La Libertad, de fecha 8 de julio de 2002, «La constitución del derecho real de garantía es transmisible por vía sucesoria. La muerte de quien garantiza no está entre los supuestos de extinción de la hipoteca. *Primero.* Se advierte que el inmueble hipotecado correspondía a la sociedad de gananciales por quien en vida fue R. E. M. D. y la coejecutada L. G. G., razón por la cual si bien es cierto ha fenecido aquel régimen patrimonial, según lo establece el inciso 5 del artículo 318° del Código Civil, ello no implica que la hipoteca se extinga por la muerte de una de las personas que la constituyó, pues los derechos reales se caracterizan por el *ius persequendi*, esto es, el derecho de persecución del bien sin importar en poder de quien se encuentre. *Segundo.* Que, el artículo 660° del Código Civil establece que, desde la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Al respecto, es necesario precisar que la hipoteca, por su naturaleza jurídica, se encuentra ubicada dentro de los derechos reales de garantía, por tanto, es un bien objeto de transmisión sucesoria. *Tercero.* Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, conforme al artículo 1361° del Código Civil. La citada sociedad de gananciales se comprometió a garantizar las obligaciones de un tercero. En tal sentido, la garantía hipotecaria subsiste también respecto a la coejecutada, además de su calidad de heredera. Cuarto. Por otro lado, la muerte de quien garantiza no está entre los supuestos de extinción de la hipoteca, corroborándose la inaplicación del artículo 1122° del Código Civil. También se ha inaplicado el artículo 1218° del precitado Código, pues la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario, supuestos que no han sido enervados por los demandados».[947]

945 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 909. [Texto correspondiente a la tercera edición]

946 Ver León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 226 y 227).

947 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 909. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Habiendo señalado lo anterior, a continuación ilustraremos las excepciones previstas por el artículo 1218 a través de algunos ejemplos:

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

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

Un caso interesante sobre este supuesto lo observamos en la Casación n.º 4462-2018-Lima Sur, de fecha 28 de noviembre de 2019, que versa sobre la transmisión de la condición de socio, «*Décimo Primero*.- Efectuado el análisis de la sentencia recurrida, esta Sala Suprema, concluye que la misma se encuentra incursa en causal de nulidad. La Sala Superior, si bien concluye que la demanda deviene en infundada, también lo es que el razonamiento sobre el cual descansa su decisión, adolece de una debida motivación, porque señala que no existe manifestación de voluntad de la socia fallecida María Primitiva Soller Arias, de patrocinar el ingreso del demandante en calidad de socio de la Cooperativa, y por lo tanto no cumple con la exigencia del artículo 17 del Estatuto de la Cooperativa de Servicios Especiales Mercado Ciudad de Dios Limitada, que señala: "a) presentar una solicitud al Consejo de Administración con patrocinio de un socio"; inobservando el documento de fojas cuatro, consistente en la escritura pública de fecha veinticuatro de enero de dos mil uno, en el cual la señora María Primitiva Soler Arias, como socia activa de la Cooperativa demandada, da en donación el puesto de venta N° 45 a Amalia Mejía de Delgado y Toribio Delgado Martínez (notario Gustavo Landi Grillo); como consecuencia de esa donación presenta un documento a la referida Cooperativa de fojas cuarenta y dos de fecha seis de agosto de dos mil uno, en el cual comunica a la demandada que: "...conforme acredito con el testimonio que en copia legalizada adjunto, otorgado por el Notario Público de Lima Dr. Gustavo Landi Grillo; transfiero por donación mis derechos y acciones que me corresponden como propietaria del puesto con giro de abarrotes N° 45, de mis aportaciones y de mi condición de socia de la Cooperativa de Servicios Especiales "Mercado Ciudad de Dios Limitada, a favor de doña Amalia Mejía Trujillo de Delgado y de su cónyuge Toribio Delgado Martínez" (sic); en tal sentido aparecería de esos documentos que existiría manifestación de voluntad de parte de la socia fallecida de transferir el puesto al demandado y esposa, la cual fue comunicada a la Cooperativa demandada en el año dos mil uno, antes de su fallecimiento, siendo así lo alegado por el *Ad quem* en los considerandos señalados carece de base real, que torna a la resolución de vista en nula, por tener una indebida motivación. Asimismo, la Sala de mérito al emitir una nueva resolución, deberá ponderar el hecho de que en virtud del artículo 99 del Estatuto de la Cooperativa de Servicios Especiales Mercado Ciudad de Dios Limitada, señala: "los

actos jurídicos efectuados y descritos en el artículo anterior tendrán conocimiento, revisión, suspensión (si es observada) aprobación por el Consejo de Administración quien emitirá la resolución respectiva, bajo responsabilidad" (sic); sin que aparezca en el presente proceso después de remitido a la demandada el comunicado de la donación, resolución del Consejo de Administración conforme a lo establecido en el artículo en mención. No se puede soslayar que de la sola lectura del tenor del artículo 1218 del Código Civil, cuyo texto reza: "La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario", no resultando pertinente al caso dada la naturaleza patrimonial de los derechos que como socio de la Cooperativa se transfirieron a favor de Amalia Mejía Delgado y esposo».[948]

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

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza —traducida ésta en normas legales específicas—. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937 del Código Civil), cuando se prevé: «Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación».

Otro ejemplo es el derecho real de usufructo, figura contenida en el artículo 1021, inciso 4, del Código Civil: «El usufructo se extingue por: [...] 4. Muerte o renuncia del usufructuario. [...]».

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

> Artículo 1733.- Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se trasmiten a los herederos del comodatario, salvo que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse.
>
> Artículo 1801.- El mandato se extingue por:
>
> [...]
>
> 3. Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.
>
> Artículo 1844.- En caso de muerte del depositante, el bien debe ser restituido a su heredero, legatario o albacea.

948 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 375. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-4462-2018-Lima-Sur-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(c) Obligación no transmisible a los herederos por pacto

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

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

Un aspecto interesante que debe tomarse en cuenta también al analizar la presente norma es que ella no sólo tiene carácter material sino también procesal, como precisa la Casación n.º 2570-2014-Lima, de fecha 14 de agosto de 2015, «*Octavo*.- Finalmente, si bien es cierto que al amparo de las causales materiales denunciadas esta Sala Suprema debe resolver el proceso actuando en sede de instancia; sin embargo, atendiendo al singular hecho de que las normas contenidas en los artículos 660 y 1218 del Código Civil tienen carácter no solo material sino también procesal, en la medida en que para el caso en concreto permiten determinar la legitimidad para obrar de la parte demandante, estimamos necesario el reenvío de la causa a fin de que la Sala Superior cumpla con resolver el fondo de la controversia».[949]

Finalmente, para concluir con los comentarios al presente artículo, citaremos el pronunciamiento contenido en la Casación n.º 2523-99, en el que se señala que: «Resulta pertinente discernir el carácter de la obligación de reparar un daño, pues debe dilucidarse hasta qué punto resulta sustancial al interés de la víctima (acreedor) el cumplimiento de la prestación precisa (indemnizar) y necesariamente por el deudor; pues si la obligación puede ser satisfecha por otras personas o reemplazada por una prestación diferente, se transmite a los herederos del obligado a indemnizar».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

949 Loc. cit. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/12/Casacion-2570-2014-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Acciones que corresponden al acreedor por efecto de las obligaciones

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

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

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

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1219

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

El artículo 1219 del Código Civil de 1984 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 regula el tema en su artículo 1265: «El que celebra un contrato, no sólo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hace en su artículo 1414: «La obligación presupone en el acreedor los siguientes derechos: 1° Para emplear los medios legales conducentes a que el deudor dé, haga o no haga aquello a que se ha obligado; 2° Para valerse de otro, a expensas del deudor, a fin de conseguir el resultado del inciso anterior si tal recurso es necesario; 3° Para obtener del deudor indemnización de los daños y perjuicios que cause.— El deudor tiene derecho para exigir, cuando ha cumplido exactamente su obligación, que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se le declare libre de responsabilidad, y para repeler toda acción que promueva el acreedor, cuando la obligación ha sido extinguida por causa legal».

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

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema es abordado por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, artículo 83: «Son efectos de las obligaciones: 1. Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2. Autorizarlo para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3. Autorizarlo para obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4. Autorizarlo para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que son inherentes a la persona.— Para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva»; y por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi del año 1980, artículo 86: «Es efecto de las obligaciones

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

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

2. Análisis

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

En relación con el precepto analizado, coincidimos con Llambías[950] cuando señala que los efectos de las obligaciones son aquellos medios por los cuales se satisface el derecho del acreedor. Principalmente, consistirán en el cumplimiento

950 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 74 y ss.

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

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

Agrega el profesor citado que los efectos principales, a su vez, se distinguen en dos subcategorías: 1) efectos normales o necesarios, y 2) efectos anormales, accidentales o subsidiarios. Los efectos normales son los que corresponden a toda obligación, según su naturaleza. Por eso se llaman también necesarios, porque no pueden faltar en cualquier obligación civil. Los efectos anormales no ocurren sino cuando el acreedor no puede vencer la resistencia del deudor incumpliente y tiene por ello que conformarse con un ingreso pecuniario que sea equivalente al valor constituido por la prestación no cumplida, más el daño que le ha provocado la falta de ejecución de la obligación en tiempo propio.

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

Concordamos, por ello, con lo expresado por Gustavo Palacio Pimentel[951], cuando señala que esta norma trata acerca de lo que en Derecho se entiende como la «protección jurídica del acreedor». El mencionado autor refiere que precisa recordar que la obligación es un vínculo jurídico o una relación jurídica que, originada en la ley o en la voluntad, vincula a dos sujetos determinados concretamente: el uno es el titular de la relación obligacional, éste es el acreedor; el otro sujeto es el pasivo, el deudor, el que lleva sobre sí la carga de la prestación. Es necesario

951 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 930 y 931.

que la ley preste la suficiente garantía o garantías con la finalidad de que —en lo posible— el deudor cumpla con realizar la prestación o prestaciones a que se ha obligado en favor del acreedor.

Ante todo cabe señalar, siguiendo a Giorgi[952], que quien goza de un derecho, goza necesariamente de la facultad de tomar las medidas suficientes para conservarlo en su integridad y eficacia primitivas, ya que de otro modo el derecho sería ilusorio, de donde nace la facultad del acreedor de tomar medidas de conservación. De lo dicho, Giorgi concluye en que el acreedor procede a los actos conservativos, no en nombre del deudor, sino por derecho propio, y por efecto de un principio generalísimo que se aplica tanto a los créditos como a toda otra especie de derechos, y que no se sanciona por el legislador con ninguna fórmula explícita y general.

Antes de analizar las diversas medidas conservativas recogidas por el Código Civil peruano de 1984 en beneficio del acreedor, debemos decir, junto a Giorgi[953], que pueden ser actos conservatorios aquellos por los cuales el deudor sea perturbado en el goce de su patrimonio, debiéndose distinguir con este propósito los muebles de los inmuebles. Respecto a éstos, el acto de conservación no molestará al deudor, porque la naturaleza de los inmuebles es tal que los hace susceptibles de conservación, incluso sin despojar al deudor de su goce; pero si la providencia tiene por objeto bienes muebles, no conseguiría su propósito, si no privase al deudor del goce de éstos; ya que de otro modo le quedaría al deudor la posibilidad de sustraer o esconder los bienes en cuestión, no obstante la providencia adoptada por el acreedor.

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

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

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

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

Aquí conviene recordar que han existido determinados procedimientos encaminados a procurar el cumplimiento efectivo de la obligación por parte del deudor, algunos de ellos en nuestros días ya abandonados. El primero de ellos, adoptado por las antiguas legislaciones, consistía en la muerte civil. Otro procedimiento, cuya desaparición data de fecha más reciente, es el de la prisión por deudas, que en ciertas legislaciones está circunscrita a las deudas alimentarias. Un tercer procedimiento abandonado es el de la multa civil, pues como dice Busso, en el

952 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, pp. 229 y ss.

953 *Ibidem*, pp. 230 y 231.

orden civil tradicionalmente se ha preferido siempre la sanción de resolución, o las defensas como la *exceptio inadimpleti*, que autorizan al deudor a suspender el cumplimiento de su obligación en el caso de que el acreedor, a su vez, incurra en incumplimiento de las que están a su cargo.

Se puede añadir que otro de los medios ideados por el legislador para procurar el cumplimiento efectivo de la obligación por el deudor es el de las *astreintes*.

A decir de Eduardo B. Busso[954], el orden jurídico de un país organiza todo un sistema tendiente a obtener compulsivamente la prestación para el caso de que el deudor omitiera el cumplimiento voluntario de la obligación, siendo el fin de la coacción, el de obrar sobre la realidad, de modo tal que el acto o la omisión violatoria sea ineficaz y el Estado, de hecho, responda al precepto legal, es decir, que la organización a la que se ha hecho referencia debe tender principalmente a la obtención del cumplimiento específico de la obligación, lo que se denomina su ejecución «en especie», sea actuando sobre la voluntad del deudor para que él mismo la cumpla u obteniendo la ejecución del hecho por medio de un tercero.

En el Perú, los principios a que Busso hace referencia están contenidos en el artículo 1219 del Código Civil, el mismo que señala con claridad que la ley acuerda al acreedor el ejercicio de los siguientes derechos:

2.1. El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó

Vale decir, la ejecución forzada de la obligación, sea que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Así, a falta de ejecución voluntaria, el acreedor puede recurrir a la ejecución forzada por la intervención de la autoridad pública. De allí la acción o ejercicio judiciario del derecho; la acción no es otra cosa que el derecho mismo en cuanto él es ejercido judicialmente. Por ello existen las vías de ejecución forzada o medios a disposición del acreedor para realizar su crédito.

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

Como señala Héctor Lafaille[955], la forma ordinaria de cumplirse la obligación es por obra del deudor mismo, quien a consecuencia de un acto de su voluntad o por imperio de la ley, debe realizar un hecho o privarse de ejecutarlo. Pero ante

954 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 209.

955 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 149 y 150.

un incumplimiento de la obligación por parte del deudor, queda claro que ningún acreedor puede procurarse el cumplimiento o la reparación por mano propia.

Dicho acreedor dispone de los medios legales para obtener ese propósito, siendo el efecto compulsivo uno de los caracteres típicos de las obligaciones civiles. Pero, agrega Lafaille, la coerción no se ejerce de igual manera, por cuanto deben considerarse las circunstancias propias de cada especie, razón por la cual desde el Derecho romano se distinguió entre el *dare* y el *facere*.

Por su parte, Salvat[956] enseña que tanto para obtener la condena del deudor y llegar a la ejecución forzada, como para obtener el cumplimiento por un tercero y por cuenta del deudor, o conseguir indemnización, será necesaria la sentencia judicial que lo resuelva.

Sin embargo, resulta pertinente recordar, en palabras del propio Salvat, que el deudor que desoye el emplazamiento judicial y se niega a entregar la cosa que debe dar al acreedor, puede ser desapoderado por la fuerza que el Estado mantiene organizada al servicio de la justicia. Ninguna reserva explicaría que no se proceda así, ya que el deudor condenado y contumaz no obra de buena fe, por lo que desde este punto de vista, no debe esperar protección de la ley. Además, el deudor no es tampoco un elemento esencial para el cumplimiento de la obligación, pues como la prestación consiste en una cosa, su intervención en el cumplimiento resulta indiferente, ya que la entrega puede hacerse por un tercero.

En relación con este tema, Busso[957] nos dice que dentro de las obligaciones de dar, puede tratarse de dar cosas individualmente determinadas, caso en el cual, el medio legal ha de consistir en proveer los recursos procesales destinados a obtener directamente la entrega de la cosa, lo que será siempre posible, salvo que la cosa haya perecido —perdido, en los términos del artículo 1137 del Código Civil peruano de 1984—, o haya pasado a poder de un tercero contra quien no puedan ya ejercerse las acciones persecutorias. A decir del mismo autor, cuando se trata de la obligación de dar cosas genéricas, ellas pueden obtenerse, sea directamente del patrimonio del deudor (si existen en especie) o bien adquiriéndolas de un tercero, según la amplitud de la especie.

Respecto a las obligaciones de dar sumas de dinero, Busso expresa que el cumplimiento específico podrá obtenerse en forma fácil procediendo a la ejecución sobre depósitos o fondos que se hallen a nombre del deudor, o bien procediendo al embargo de bienes suficientes, con el fin de que su realización permita al acreedor obtener satisfacción de su crédito, habiendo, para este efecto, una responsabilidad ilimitada dentro del patrimonio del deudor. Debe expresarse también

956 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 88.

957 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 210 y ss.

que la responsabilidad puede hacerse efectiva en ciertos casos sobre bienes de un tercero, mediante una garantía personal o real, cuando éste haya asumido tal responsabilidad.

Sobre este particular resultan ilustrativas las palabras de Llambías[958], cuando, al referirse a las limitaciones al cumplimiento forzado, enseña que el principio del cumplimiento específico de la obligación no es absoluto; agrega que sin duda ese modo de ejecución en especie constituye la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su derecho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada; pero no siempre será practicable ese cumplimiento en especie, ya porque hayan sobrevenido modificaciones insalvables en el objeto debido, ya porque la realización forzada del hecho debido sea inescindible del ejercicio de la violencia sobre la persona del deudor que el derecho moderno no tolera.

Dentro de la doctrina nacional, Priori Posada[959] señala que: «El sustento de este mecanismo es el siguiente: si la relación obligatoria ha nacido para satisfacer el interés del acreedor, resulta evidente que éste sólo podrá verse satisfecho en la medida en que se cumpla con aquella conducta debida. Por ello, si el ordenamiento jurídico protege el interés del acreedor, resulta claro que le debe permitir al acreedor exigir al deudor esa conducta a la que se había obligado, para obtener con ello la satisfacción de su interés».

Para culminar este punto, resulta interesante observar el análisis realizado por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 1301-2004-AA/TC [caso Asociación de Defensa de Prestatarios ex-FONAVI-ENACE), cuando señala lo siguiente, «De la exigencia del pago de la deuda no se reputa amenaza a la libertad contractual estipulada en la Constitución. 3. Los accionantes mantienen una deuda largamente impaga con la demandada, y de las notificaciones de cobranza, se tiene que estas contienen la cobranza de una obligación, materia regulada en el Código Civil, que precisa en su artículo 1219 que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. Más aún, de la lectura de las notificaciones de cobranza en autos tan solo se advierte a los deudores de cuáles podrían ser las consecuencias de mantener impagas sus obligaciones contractuales, pero no de la amenaza a la libertad de contratación consagrada en el artículo 2, inciso 14), de la Constitución Política vigente».[960]

958 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 83.

959 Priori Posada, Giovanni. «Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones» En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 440.

960 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 910. [Texto correspondiente a la tercera edición]

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

Como dice Llambías[961], otro modo de cumplimiento específico de la obligación es el que obtiene el acreedor mediante la intervención de un tercero que satisface la prestación a cargo del deudor. En opinión del citado autor, en cuanto al carácter que tiene esta manera de concretarse la expectativa del acreedor, no duda de que se trata de una mera facultad que la ley concede a dicho acreedor. Éste no está precisado a requerir de un tercero lo que debe suministrarle el deudor. El recurso a la intervención de un tercero constituye un derecho del acreedor, cuya falta de ejercicio no puede serle enrostrada para empeorar su situación frente al deudor; observación que, a su entender, resta interés a la averiguación de la clase de obligaciones susceptibles de este modo de cumplimiento, pues puede no haber identidad entre el objeto debido y el que podría suministrar un tercero. Por otra parte, ante esa falta de coincidencia no podría pretender el acreedor la realización, a expensas del deudor, de un cumplimiento diferente al debido.

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

Busso[962] expresa que está claro que ha de tratarse de obligaciones cuyo objeto pueda cumplirse mediante la actividad del tercero; razón por la cual quedarían excluidas aquellas obligaciones de hacer en que fuera necesario ejercer violencia sobre las personas, o en que solamente el deudor pueda cumplirlas. A entender del citado tratadista, el principio señalado se orienta siempre dentro de la tendencia del Derecho de Obligaciones de procurar el cumplimiento específico de la obligación antes de acudir a la solución de los daños y perjuicios; agrega que, respecto de las obligaciones de dar, la aplicación más corriente de este principio será aquella en que se trate de cosas fungibles, las cuales pueden ser obtenidas por el acreedor de un tercero a costa del deudor; pero puede también ocurrir que se trate de cosas ciertas, que se hallen en el patrimonio de un tercero, en cuyo caso el principio también sería aplicable.

A este respecto, Raymundo M. Salvat[963] resume el cumplimiento de la obligación por medio de un tercero, dentro del siguiente campo de aplicación:

a) En las obligaciones de dar, siempre que no se trate de una cosa cierta, puesto que la conserva el deudor y contra él se puede emplear la violencia para desapoderarlo o la ha destruido o transmitido válidamente a otro y existe entonces

961 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 89 y 90.

962 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 216 y 217.

963 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 91.

imposibilidad. En las obligaciones de género, de cantidad, de cosas fungibles o de sumas de dinero, el cumplimiento por terceros es perfectamente posible.

b) Las obligaciones de hacer pueden cumplirse por terceros cuando las cualidades del deudor no han sido especialmente tenidas en cuenta al contratar.

c) Las obligaciones de no hacer podrá ejecutarlas un tercero cuando la intervención del deudor no sea esencial para el cumplimiento de la abstención.

Como señalan Alterini, Ameal y López Cabana[964], la propia naturaleza de las cosas determina que la ejecución por otro sea inconcebible en algunas hipótesis. Los citados tratadistas enseñan que tal modo de ejecución no cabe: 1) en las obligaciones de dar cosas ciertas, pues al estar determinadas desde el nacimiento de la obligación, sólo el deudor puede darlas; con la salvedad, empero, de la obligación de dar una cosa cierta fabricada «en serie», o ajena, si el dueño de ésta —tercero respecto de la obligación del caso— la entrega al acreedor; 2) en las obligaciones de hacer *intuitu personae*; 3) en las obligaciones de no hacer, pues la abstención debida es personal del deudor. Con todo, puede intervenir un tercero si el acreedor exige que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor. Por último, expresan que en todos los demás casos el acreedor tiene derecho a obtener la ejecución por un tercero, cuestión en la que incide su interés en que hubiera habido, o no, cumplimiento del propio deudor.

Aquí debemos formular una observación adicional. El ejercicio de los derechos previstos por el inciso segundo del artículo 1219 comentado, requiere, para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente por cuenta del deudor, autorización judicial. Justamente por este requisito la aplicación del precepto es muy limitada. En caso contrario, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, podrá procurarse la prestación directamente o hacérsela procurar por un tercero y exigir luego la restitución de cualquier costo adicional en vía de daños y perjuicios. En otras palabras, en este caso el acreedor no podrá tener la certidumbre de que el eventual mayor costo que demandaría el cumplimiento de la obligación vaya a ser necesariamente sufragado por el deudor, porque los daños y perjuicios estarían sujetos a las contingencias de la prueba de su existencia y de su cuantía[965].

964 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Op. cit.*, tomo I, p. 154.

965 Jorge Joaquín Llambías coincide con lo expresado al señalar que el acreedor no puede por su sola autoridad sustituir al deudor por un tercero en la realización de la prestación debida: para ello requiere, en principio, la autorización judicial. La razón está en que si actuara por su sola autonomía, se estaría haciendo justicia por mano propia; pero agrega que, sin embargo, en casos de urgencia, el acreedor está dispensado de la autorización judicial. Evidentemente, ésta supone un trámite que insume un cierto tiempo, incompatible con la ejecución urgente de la obligación. Si de un modo absoluto se exigiese la autorización judicial previa, se anularía, de hecho, el derecho del acreedor a lograr el cumplimiento de la obligación por intermedio de un tercero (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 91).

Alterini, Ameal y López Cabana[966] también señalan que, en principio, y toda vez que la justicia por mano propia está excluida, el acreedor debe obtener autorización judicial para hacer efectiva la ejecución por otro.

2.3. Exigir el pago de una indemnización

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

Priori Posada[967] señala que:

> Debe recordarse que lo trascendente es que se satisfaga el interés del acreedor, por ello él puede exigir, incluso forzosamente, el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor, es decir, la realización de aquella conducta a la cual el deudor se había obligado para satisfacer el interés del acreedor (ejecución en forma específica), pero puede ocurrir que el incumplimiento (total o parcial) del deudor sea definitivo o que ya no le interese al acreedor el cumplimiento de dicha conducta; caso en el cual, el interés del acreedor debe igualmente ser tutelado. Como en estos casos ya no es posible la tutela a través de una ejecución en forma específica, se hace preciso que se le resarza al acreedor por la lesión de su interés.

2.4. Promover acciones subrogatorias u oblicuas

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

Varios son los requisitos previstos para que se aplique la norma bajo análisis.

En primer término, que se trate de un deudor negligente, esto es, que el deudor no ejercite un derecho respecto del cual puede y debe accionar o actuar para defenderse. Pero la negligencia es culpa, esto es, falta de responsabilidad para cautelar su patrimonio. Esta culpa o negligencia debe ser cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos, o sea, en los derechos de su deudor. Obviamente, también podría tratarse de un no ejercicio consciente o doloso del deudor.

Y luego, es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa.

966 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Op. cit.*, tomo I, pp. 154 y 155.

967 Priori Posada, Giovanni. *Op. cit.*, p. 440.

Una acreencia asegurada por un patrimonio significativo impediría al acreedor invadir los fueros de su deudor para actuar respecto a terceros.

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

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

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

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

Aunque para el caso de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el juicio que promueva.

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

Malaurie y Aynès[968] señalan que la acción oblicua es el ejercicio de los derechos y acciones del deudor que realiza el acreedor. Agregan los civilistas citados que cuando se ejercen los derechos y acciones del deudor (por ejemplo, se le da

968 Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, pp. 579 y 580.

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

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

Ospina Fernández[969] define a la subrogación de los acreedores como la sustitución de éstos en el ejercicio o, más exactamente, en la administración de los derechos y acciones de contenido patrimonial y embargables, pertenecientes al deudor que ha hecho cesión de bienes o está sujeto a un proceso de ejecución, hasta que tales derechos y acciones sean vendidos en el respectivo proceso a terceros o a dichos acreedores, o hasta que el deudor recupere la administración, si el proceso termina por causa distinta del remate de bienes.

A entender de Ospina Fernández[970], la llamada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor, no implica en manera alguna una sustitución de aquéllos en la titularidad misma de esos bienes, derechos y acciones, en forma tal que dichos acreedores pudiesen, por ministerio de la ley, usarlos, usufructuarlos o disponer de ellos como pudiera hacerlo el deudor; y agrega que la mencionada subrogación presupone la existencia de un proceso judicial, bien porque la cesión voluntaria de sus bienes por el deudor haya sido admitida, o bien porque los acreedores hayan iniciado proceso singular de ejecución o concurso contra dicho deudor, pues es en tales procesos donde los acreedores pueden ejercer la facultad de disponer de los bienes del deudor o de sus frutos hasta pagarse sus créditos. Expresa el citado profesor que, por consiguiente, salta a la vista que la comentada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones de su deudor queda limitada a la administración de éstos hasta la terminación del proceso respectivo, la que generalmente tiene lugar con el remate de los bienes aprehendidos, momento en el cual la administración de los bienes rematados corresponde al rematante, quien entonces ya la ejerce en nombre propio y no en el del deudor.

969 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 206 y ss.
970 *Ibidem*, pp. 208 y ss.

Conviene señalar, como lo hace Jorge Eugenio Castañeda[971], que estas denominaciones obedecen a que el acreedor no actúa en su propio nombre, sino que —en cierto modo— pasa a través del patrimonio de su deudor para alcanzar al tercero. Por oposición a la oblicua, existe la acción directa, que es la que ejercita el acreedor contra el deudor de su deudor, pero no en nombre de éste. Compartimos con Castañeda la crítica que hace a la denominación de la acción oblicua como «subrogatoria», señalando que resulta inexacta dicha denominación, porque no se trata de la sustitución de un acreedor por otro, sino que es el acreedor quien ejercita los derechos de su deudor, pero sin sustituirlo. No obstante ello, advertimos al lector que adoptamos cualquiera de las tres denominaciones que la doctrina asigna a esta acción —subrogatoria, oblicua o indirecta—, en verdad más por fuerza de la costumbre que por rigor jurídico.

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

Anota Manuel Albaladejo[972] que se llama (inexactamente) acción subrogatoria a esa facultad que por disposición de la ley confiere al acreedor el derecho de desempeñar una función: la de ejercitar derechos o acciones que normalmente competen al titular de éstos, o sea, al deudor (en tal sentido, se subroga aquél en el lugar de éste, obrando por él).

Creemos que resulta evidente que las acciones conservativas del acreedor deberán recaer sobre los derechos de índole patrimonial del deudor; ya que no sería de ninguna utilidad para el acreedor —ni estaría autorizado a hacerlo—, el ejercitar en nombre del deudor derechos como la patria potestad, de la ciudadanía o políticos, vale decir, aquellos derechos que no conciernen al patrimonio, sino a la condición personal, familiar, civil o política del deudor. Adicionalmente, cabe reiterar que éstos son derechos conocidos con el nombre de personalísimos, razón por la cual, el ejercicio de su defensa es potestad del deudor. Demás está decir que el acreedor no tendría generalmente interés alguno en hacerlo, en el hipotético y negado caso de que se pudieran ejercer, ya que es evidente que por esta vía no conseguiría el cobro de la deuda que tiene el deudor respecto a él.

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

971 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 200.

972 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 210.

que un derecho o una acción no tomen directamente como punto de vista el patrimonio, o no se refieran directamente al patrimonio, pero que indirectamente se relacionen con un interés patrimonial; son de tal naturaleza, especialmente, las cuestiones de estado, precisamente porque una vez determinado el estado de una persona, esta determinación prejuzga, porque le sirven de base todas las cuestiones de algún modo dependientes del Estado mismo, de las cuales la mayoría son de índole patrimonial, como, por ejemplo: petición de herencia, determinación de la legítima, validez de donación, capacidad de obligarse para el contrato; y se puede decir lo mismo de las acciones que tienen por objeto determinar la cualidad de una persona, si alguno es legatario, heredero, mandatario o donatario.

No obstante lo anterior, no todos los autores concuerdan en sostener que la acción indirecta u oblicua es un medio conservativo del patrimonio del deudor. En nuestro país, Jorge Eugenio Castañeda[973] señala que esta acción no es estrictamente una medida conservatoria desde que no tiende a asegurar el mantenimiento de la situación en que se encuentra el patrimonio del deudor; señala que no es tampoco una ejecución, pero puede llegar a serlo.

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

A entender de Manuel Albaladejo[974], los requisitos para el planteamiento de la acción subrogatoria u oblicua son los siguientes:

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

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

(c) Que la falta de ejercicio (o el ejercicio inadecuado) de éste perjudique al acreedor. Este perjuicio, en opinión de Albaladejo, requiere que el deudor no

973 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 201.

974 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 211 y ss.

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

2.5. Otras acciones que el derecho concede al acreedor

Conviene en esta instancia de nuestro estudio tratar sobre las más importantes instituciones destinadas a cautelar los derechos del acreedor.

2.5.1. Acción revocatoria o pauliana[975]

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

Stark, Roland y Boyer[976] hacen un interesante recuento histórico del fraude pauliano. Refieren que el origen de esta acción se encuentra en el Derecho romano. Con las reformas del pretor que autorizaban la ejecución sobre los bienes, el patrimonio del deudor responde a sus compromisos y los acreedores tienen interés en su conservación. Por su lado, el deudor insolvente, que no se atreve a la muerte o venta como esclavo, y que es dejado en libertad, estará tentado a disponer de sus bienes antes de que sean embargados, gratificando a sus amigos, realizando y ocultando el producto de sus ventas, reemplazando su importe muy visiblemente mediante valores cómodamente encubiertos.

Agregan que en la época clásica el fraude a los acreedores se reprimía a través de dos medios revocatorios, la *restitutio in integrum*, intentada por el curador al patrimonio dentro del marco del procedimiento colectivo de liquidación de los bienes del insolvente (*venditio bonorum*), que completaba la prohibición fraudulenta abierta a los acreedores *ut singuli* permitiendo alcanzar comportamientos fraudulentos (bienes remitidos a terceros, valores colocados a escondidas).

Y, por último, enseñan que en el Derecho positivo, la finalidad de la acción pauliana no ha cambiado; su meta es siempre proteger a los acreedores contra los actos realizados por su deudor insolvente en fraude de sus derechos. Los acreedores son prevenidos contra las maniobras que traen consigo la disminución de su fianza a beneficio de terceros contratantes. Por ejemplo, el deudor otorga alguno de sus bienes o los vende a bajo precio, mas generalmente pasa por actos cuyo efecto es reemplazar muebles o inmuebles expuestos a embargos por sumas de dinero o valores cómodamente encubiertos o por bienes que la ley declara inembargables.

975 Sobre esta figura jurídica, resulta de importancia revisar las obras de los profesores Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. 6.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 453 y ss.) y Espinoza Espinoza (Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, pp. 350 y ss.).

976 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, pp. 327 y ss.

Así, una parte del activo que los acreedores podían aprehender escapa a toda prosecución de su parte.

A decir de Domenico Barbero[977], cuando el deudor en vez de limitarse a descuidar el ejercicio de sus derechos y la tutela de sus razones (presupuesto de la acción «subrogatoria»), se dedica positivamente a perder sus activos patrimoniales con perjuicio de los acreedores, se les da a éstos la «revocatoria». Acción llamada también «pauliana», consistente en el poder atribuido al acreedor de hacer declarar ineficaces con relación a él ciertos actos de disposición sobre el patrimonio del deudor que irroguen perjuicio a sus derechos y hasta la concurrencia de esos mismos derechos.

Como señala Luis María Rezzónico[978], cuando el deudor enajena sus bienes o en alguna forma disminuye su patrimonio, sustrayéndolo a la ejecución de sus acreedores, sea que obre sin ánimo de perjudicarles, pero conociendo o debiendo conocer su propia insolvencia y los perjuicios que les causa, sea que en actos a título oneroso obre francamente con el propósito de eludir el pago de sus deudas y dejar sin garantía a sus acreedores, la ley confiere a éstos el medio de hacer revocar, es decir, anular, esterilizar, aquellos actos de enajenación. Ese medio es la acción revocatoria, pauliana o de fraude, que se remonta al Derecho romano.

Para Ospina Fernández[979], visto está que los bienes presentes y futuros del deudor, excepto los que la ley declara inembargables, están afectos al pago de las obligaciones de dicho deudor en forma tal que los acreedores pueden obtener la aprehensión de esos bienes y su venta para ser satisfechos en sus créditos, totalmente si el producto de la venta es suficiente; o a prorrata, si no lo es.

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

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

977 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 142.
978 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, pp. 304 y ss.
979 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 180 y ss.

Resulta necesario establecer cuál es el fundamento de la naturaleza de esta acción. Para tal efecto, seguiremos a Rezzónico[980]. Nos dice este tratadista que en el Derecho romano se le atribuyó un fundamento y carácter penal, de sanción y castigo, al deudor de mala fe.

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

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

Señala Rezzónico que en el Derecho argentino, el alcance de esta acción (al contrario de lo que ocurre con la subrogatoria que pone en ejercicio, invoca y pretende hacer efectiva la totalidad de determinado derecho del deudor, y beneficia o aprovecha a todos los acreedores del mismo deudor) está determinado por el importe del crédito del acreedor que la gestiona, y su triunfo sólo aprovecha o beneficia a ese acreedor que obtiene la revocación del acto del deudor, prevaleciendo también aquí el principio de que «el interés es la medida del derecho y de la acción correlativa».

Ospina Fernández[981] señala como una de las condiciones de la acción pauliana el perjuicio a los acreedores. Mientras el deudor sea solvente, y lo es en tanto sus bienes embargables sean bastantes para responder de sus deudas, los acreedores no están legitimados para interferir la libre administración que aquél tiene sobre su patrimonio ni para impugnar los actos realizados en ejercicio de aquélla, aunque tales actos efectivamente impliquen una disminución patrimonial, pero sin rebasar los límites de la solvencia. En tales circunstancias, los acreedores carecen de interés y es sabido que sin interés no hay acción; señala que lo propio se proclama de los actos del deudor relativos a sus bienes inembargables, porque éstos no forman parte de la garantía de los acreedores y escapan a su persecución. Por tanto, no tienen ellos interés en que el deudor los conserve ni resultan afectados por su distracción.

Agrega Ospina Fernández que corresponde, pues, al acreedor o acreedores que pretendan la revocación de un acto realizado por su deudor, la prueba de que dicho acto les es perjudicial en cuanto lesiona sus créditos por colocar al deudor en estado de insolvencia o por agravar tal estado, si ya se encontraba en él. Y, de la propia manera, el deudor y los terceros demandados en acción pauliana pueden enervarla, proponiendo la excepción de discusión de bienes, enderezada a establecer que los activos patrimoniales que aún conserva el deudor después de la realización del acto impugnado por el acreedor o acreedores son suficientes para cubrir

980 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, pp. 307 y ss.

981 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 181.

las deudas de aquél. Plantease así una cuestión de hecho que el juez debe resolver discrecionalmente, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes contrincantes, bien sea para establecer el perjuicio a los acreedores, o bien para negarlo.

Siguiendo a Giorgi[982], podemos decir que son cuatro las condiciones exigidas para el ejercicio de la acción revocatoria: en el acreedor, en el deudor, en el tercero contra el que se ejercita la acción, y en el acto, que debe constituir su objeto.

En relación al crédito, se llegó a discutir en algún momento si la acción revocatoria o pauliana sólo correspondía al acreedor quirografario, o si ella también podía ser ejercitada por el acreedor hipotecario o privilegiado. Pero, como dice Giorgi, la acción revocatoria está principalmente instituida en beneficio del acreedor quirografario, ya que el acreedor hipotecario o privilegiado, protegido como está de acciones mucho más eficaces, tiene ordinariamente poca necesidad de experimentar la acción revocatoria. Pero con la misma lógica, se considera que esta acción también le corresponde al acreedor hipotecario. Es verdad que éste tiene remedios más seguros que la acción revocatoria, lo que equivale a decir, según Giorgi, que recurrirá raramente a la práctica de esta acción, valiéndose antes de la facultad hipotecaria; pero como el acreedor hipotecario es también un acreedor y la ley concede la acción revocatoria a los acreedores, él gozará también de la mencionada acción.

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

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

982 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, pp. 302 y ss.

no podía ignorar que se hacía insolvente o, al menos, que acentuaba su estado de decadencia económica, a pesar de lo cual no por eso dejó de desatender la fe debida a sus acreedores y al enajenar realizó una disminución patrimonial.

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

Por tales razones, Giorgi critica la opinión de Reinhart y de quienes lo siguieron, cuando decía que no bastaba la conciencia o previsión del daño, sino que se requería además que el deudor hubiera tenido la intención dolosa de dañar a los acreedores.

2.5.1.1. Requisitos de la acción revocatoria o pauliana

Parece haber consenso entre los juristas al considerar que son tres los requisitos fundamentales para la ejecución de la acción revocatoria o pauliana:

- **Que el deudor se halle en estado de insolvencia**

Según Rezzónico[983], la insolvencia del deudor equivale a la insuficiencia de sus bienes para pagar la totalidad de sus deudas; insolvencia que se presume cuando, al promoverse la acción revocatoria, el deudor está fallido, es decir, en quiebra. En los demás casos, es necesario probar la insolvencia del deudor, ya que si los bienes de éste alcanzan para satisfacer el pago de sus obligaciones, falta el presupuesto o fundamento del interés de sus acreedores para pedir la revocación del acto realizado, que es el perjuicio que de ese acto debe resultar para los acreedores. A entender de Rezzónico, esa insolvencia debe existir al tiempo de demandarse la revocación del acto, sin que sea suficiente que el acto impugnado haya provocado la insolvencia del deudor, si más tarde éste salió de su insolvencia, mejorando su patrimonio. La prueba de la insolvencia debe consistir en la demostración de que el activo del deudor no alcanza para cubrir su pasivo.

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

El perjuicio a los acreedores debe resultar de la insolvencia del deudor, producida, provocada o agravada por el acto cuya revocación se pide; es agravada cuando el deudor ya estaba en insolvencia al realizarlo. Esto equivale a decir que para que proceda la acción revocatoria debe existir una relación inmediata y directa

983 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, pp. 309 y ss.

entre el acto que se impugna y el estado de insolvencia del deudor; de modo que si falta tal relación, si el acto de enajenación no causa la insolvencia, aunque ésta se produzca después, no procede la impugnación.

- **El crédito en virtud del cual se intenta la acción debe ser de fecha anterior al acto del deudor cuya revocación se demanda**

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

Por otra parte, corresponde analizar cuáles son los hechos que tiene que probar el acreedor para demostrar el fraude en el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana.

Lo primero es la existencia de la relación obligatoria, hecho que no revestirá mayores dificultades. Giorgi señala que las dificultades se encontrarán en la demostración de que el deudor conocía que era insolvente, o que se hacía tal mediante el acto que se disponía a ejecutar. En este caso, resultarán sumamente importantes los indicios que apunten a su demostración; la lógica del juez hace hablar al indicio, buscándolo con la confrontación y con el razonamiento de las circunstancias mudas de los hechos externos, patentizada con el testimonio convincente del hecho oculto e interno. Pero si es la lógica del juez solamente la que puede hacer elocuente el indicio, queda de hecho imposibilitada la doctrina para dictar oportunamente criterios abstractos y generales, ya que no podría preverse la infinita multitud de hechos y formular sobre cada uno el canon directivo; siendo necesario, después de determinar las mil circunstancias de hecho suficientes para constituir las reglas generales y afirmativas, que la doctrina prevea otras infinitas y nuevas circunstancias accidentales sobre donde fundar otras tantas innumerables excepciones, debiéndose someter el juicio del juez a reglas de lógica procesal.

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

(a) La clandestinidad del acto.

(b) La continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto habría debido pasar al tercero.

(c) La falta de causa congrua.

(d) El parentesco o afinidad entre el deudor y el tercero.

(e) La vileza del precio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(f) La proximidad a la pobreza o a la quiebra.

(g) La enajenación de todos los bienes.

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

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

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

En este punto, consideramos conveniente precisar quiénes son los terceros. Son terceros todos aquellos que contrataron directamente con el deudor, o que se han aprovechado directamente de sus disposiciones o renuncias; llamándoseles

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

terceros inmediatos. Son terceros también aquellos que en el objeto material del acto mismo suceden a los terceros inmediatos, ya como sucesores a título universal, ya como sucesores a título particular, tanto por disposición de última voluntad, como por acto entre vivos; a quienes se llama terceros mediatos.

Con relación a la intervención del tercero en el fraude, se objeta también que no basta la mala conciencia del tercero, sino que se requiere la participación de éste; a lo que el maestro italiano enseña que basta pensar que la participación del tercero está incluida en el acto que ejecuta, pues al hablar de tercero adquirente, se entiende de un tercero que contrata con el deudor. Y por esto, si se decide a contratar con la conciencia de causar daño a los acreedores del deudor, la participación del tercero en el acto fraudulento es innegable. El fraude del tercero se presumiría cuando él hubiese realizado el acto, después de ser reconocido por los acreedores[984].

Respecto a cuáles son los actos que deben considerarse realizados a título oneroso, resulta importante indagar acerca de la causa lucrativa u onerosa del acto revocable, cuya naturaleza sea dudosa y deje incierto si deben incluirse entre los actos a título oneroso o entre los actos a título gratuito. A entender de Giorgi, estos actos de naturaleza dudosa podrían reducirse a los siguientes: (a) Donaciones impropias; (b) Constitución de dote; (c) Donaciones matrimoniales; (d) Nuevas deudas; (e) Fideicomisos; (f) Divisiones; (g) Actos de índole aleatoria.

En este punto conviene señalar cuáles son las diferencias existentes entre la acción revocatoria y la oblicua. Palacio Pimentel[985] indica que la acción revocatoria se origina en la mala fe del deudor, luego de que el acreedor obra por propio derecho. Por lo general, la ejercita el acreedor cuyo crédito es anterior al acto fraudulento y su finalidad es dejar sin efectos el acto jurídico fraudulento. Aclaramos con relación al Código Civil de 1984 que es posible ejercitar la acción pauliana (artículo 195) sobre actos anteriores al nacimiento de la obligación, cuando el acto está preordenado dolosamente a fin de facilitar la satisfacción del futuro crédito.

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

Para Starck, Roland y Boyer[986], la acción pauliana se distingue de la acción oblicua desde diferentes puntos de vista. Primero, por su objeto: se trata de

984 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, p. 349.

985 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 964 y 965.

986 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, pp. 327 y ss.

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

2.5.2. Acción de simulación

Como se sabe, el Código Civil peruano de 1984 regula en el Título VI del Libro II, relativo al acto jurídico, el tema de la simulación[987].

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

En opinión de Ferrara[988], la simulación es «[...] la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo». En tal sentido, Rezzónico señala que son tres los requisitos del acto simulado:

> (a) Una declaración de voluntad ostensible, disconforme con la intención efectiva del sujeto, que está oculta.

987 Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.
Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.
Artículo 192.- La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.
Artículo 193.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.
Artículo 194.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

988 Citado por Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, p. 324.

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

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

Un punto que vale la pena tratar es la distinción entre la acción revocatoria o pauliana y la acción de simulación. Para tal efecto, citamos a Palacio Pimentel[989], quien anota que las diferencias entre la acción revocatoria y la de simulación, consistentes en que la revocatoria ataca un acto real, sólo puede ser iniciada por los acreedores del demandado; prescribe a los dos años de realizado el acto impugnado y sólo puede ser intentada la acción por el acreedor de fecha anterior al acto fraudulento. Mientras que la acción de simulación, agrega, ataca un acto ficticio, tratándose de demostrar que «un bien» no salió del patrimonio del obligado; puede ser intentada por las propias partes, sus herederos o cualquier interesado; y puede ser demandada por los acreedores aun de fecha posterior al acto. Por lo demás, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado prescribe a los siete años.

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

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

Starck, Roland y Boyer[990] señalan que la acción pauliana no debe ser confundida con la acción de declaración de simulación, aunque en un caso u otro el acreedor prosecutor ejerce un derecho propio.

Por su parte, Albaladejo[991] precisa que no cabe confundir con la acción pauliana la hipótesis de que el deudor y el tercero adquirente simulen un acto para fingir

989 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 965.

990 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, pp. 327 y ss.

991 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 219 y 220.

que los bienes salen del patrimonio de aquél, y, así, que parezca que ya carece de ellos. Entonces, no procedería la acción pauliana tendente a atacar un acto que, de existir, sería fraudulento, sino la acción de simulación, tendente a poner de relieve que realmente no existe acto alguno verdadero, razón por la que los bienes siguen siendo del deudor y el acreedor puede satisfacer con ellos su derecho.

2.5.3. Acción directa

Consideramos necesario —al igual que en los casos de la acción revocatoria o pauliana y de la acción de simulación— hacer referencia a la acción directa como uno de los medios de que dispone el acreedor para resguardar sus intereses en la relación obligacional.

Como señalan Starck, Roland y Boyer[992], la acción directa es concedida a un acreedor para permitirle actuar contra el deudor de su deudor, pero, a diferencia de la acción oblicua, el acreedor que actúa directamente no está considerado para hacer de jefe de su deudor, sino de su propio jefe; en otras palabras, el acreedor ejerce inmediatamente, no mediatamente, la prosecución, dispensándose de pasar por su propio deudor. No hay más representación como en el caso de la acción oblicua: el demandante actúa a nombre personal; pero, al hacer esto, pone en ejecución el crédito que su deudor mantiene contra un tercero.

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

Al tratar acerca del concepto de la acción directa, Albaladejo[993] nos dice que para evitar los riesgos vistos, de que, en definitiva, sea inútil para el acreedor subrogante haber ejercitado el derecho de su deudor, se admite, en casos particulares, lo que se llama acción directa (la subrogatoria se denomina también oblicua o indirecta), consistente en que se concede al acreedor la posibilidad de dirigirse en su propio nombre contra el deudor de su deudor (es decir, sin ejercer el derecho que éste tenga contra el tercero de que se trate), y hacerse directamente (sin que los bienes pasen a través del patrimonio del deudor intermedio) pago de su crédito con lo que era debido a éste.

Ahora bien, por nuestra parte podemos citar como casos de acción directa los siguientes:

992 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 311.

993 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 217 y 218.

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

El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebre el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador.

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

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

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

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

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

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

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5.4. Medidas conservatorias

Otro derecho del acreedor es adoptar medidas conservatorias.

No obstante lo señalado sobre los efectos de las obligaciones derivadas del artículo 1219 del Código Civil peruano, y de las otras acciones no comprendidas en dicho precepto, pero respecto de las cuales nos hemos pronunciado, debemos mencionar que existen medidas conservadoras o conservatorias destinadas a obtener la protección del derecho de crédito. Como señalan Starck, Roland y Boyer[994], las medidas conservadoras son numerosas y responden a diversos objetivos: el inventario describe la consistencia de una masa de bienes con el fin de su repartición o de su transmisión, evitando la malversación de los objetos mobiliarios con perjuicio de los que tienen derecho; el secuestro conserva los bienes litigiosos en espera de la decisión de la justicia, etcétera.

No corresponde estudiarlas en este momento. Sólo nos interesan, por ahora, las medidas conservatorias que directamente producen el «congelamiento» de un elemento activo para preservar el beneficio del acreedor prosecutor.

2.5.5. Medidas curativas

Utilizando los términos de Starck, Roland y Boyer[995], existen una serie de medidas que podrían denominarse «curativas», consistentes en afrontar dentro del tema de la insolvencia, el sobreendeudamiento.

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

A decir de los profesores franceses, este crecimiento ha conducido a una nueva situación denominada sobreendeudamiento y cuyas causas son claramente identificadas. La primera reside en la sorprendente ignorancia de los prestatarios, quienes en su mayoría no conocen ni la tasa de interés ni la duración de los préstamos que contraen. La segunda, llevada a la práctica por ciertos bancos, que ponen su crédito sin informar sobre las capacidades financieras de reembolso y que recurren a una publicidad casi dolosa, ocultando a los clientes el costo real de la operación. La tercera proviene de sucesos que afectan la existencia, tales como la enfermedad, el divorcio, el desempleo, los accidentes de tránsito que privan a un obrero, por ejemplo, de la posibilidad de trabajo, pero que él debe continuar

994 STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, pp. 351 y ss.
995 *Ibidem*, pp. 375 y ss.

pagando por mensualidades. Y por encima de estas razones particulares, importa realzar la aparición de una nueva corriente en que la idea del crédito ya no se descarta y quiere satisfacer todos sus deseos en el momento, sin esperar recolectar los frutos del ahorro; hoy se puede hablar de un «crédito según el estilo de vida».

Frente a la angustia de ciertas familias presas en el espiral de gastos arraigados en el subconsciente, el Derecho no ofrece ninguna respuesta adecuada que permita un examen global del estado de endeudamiento.

En lo que respecta al régimen peruano sobre este tema, consideramos importante recordar el Decreto Legislativo n.° 770 (hoy derogado), Decreto Legislativo n.° 816, Ley n.° 26336 y el artículo 52 del Decreto Legislativo n.° 807, publicado el 18 de abril de 1996. Asimismo, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 044-093-EF.

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

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

Afortunadamente, en la actualidad nuestro país tiene una economía próspera, por lo que el Perú se sitúa en una posición expectante en un futuro mediato asegurando el bienestar de sus ciudadanos y de quienes deseen invertir aquí.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Pago
(Artículos 1220 al 1276)

Capítulo primero
Disposiciones generales

Consideraciones generales. Noción de pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1220
2. Análisis

Indivisibilidad del pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1221
2. Análisis

Pago realizado por tercero
1. Fuentes nacionales del artículo 1222
2. Análisis

Aptitud legal para efectuar el pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1223
2. Análisis

Personas a quienes se puede efectuar el pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1224
2. Análisis

Pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor. Presunciones
1. Fuentes nacionales del artículo 1225
2. Análisis

Presunción de autorización para cobrar
1. Fuentes nacionales del artículo 1226
2. Análisis

Pago efectuado a incapaces
1. Fuentes nacionales del artículo 1227
2. Análisis

ARTURO OMAR CASTILLO FREYRE

Ineficacia del pago que efectúa el deudor después de notificado para no verificarlo
1. Fuentes nacionales del artículo 1228
2. Análisis

Prueba del pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1229
2. Análisis

Retención del pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1230
2. Análisis

Presunción de pago total
1. Fuentes nacionales del artículo 1231
2. Análisis

Presunción de pago de intereses
1. Fuentes nacionales del artículo 1232
2. Análisis

Pago con títulos valores
1. Fuentes nacionales del artículo 1233
2. Análisis

Consideraciones generales sobre el nominalismo y el valorismo
1. El nominalismo
2. El valorismo
3. El devenir histórico del tema en el Perú

Nominalismo
1. Fuentes nacionales del artículo 1234
2. Análisis

Cláusulas valoristas
1. Fuentes nacionales del artículo 1235
2. Análisis

Obligaciones de valor
1. Fuentes nacionales del artículo 1236
2. Análisis

Deuda contraída en moneda extranjera
1. Fuentes nacionales del artículo 1237
2. Análisis

Lugar de pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1238
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cambio de domicilio de las partes
1. Fuentes nacionales del artículo 1239
2. Análisis

Plazo para el pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1240
2. Análisis

Gastos del pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1241
2. Análisis

Capítulo Segundo
Pago de intereses

Consideraciones generales acerca del pago de intereses
1. Cuestiones preliminares
2. Evolución histórica del pago de intereses
3. Naturaleza de los intereses
4. Definición de la obligación de dar intereses
5. Caracteres de la deuda de intereses
6. Diferencia con otras figuras
7. Clasificación
8. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses
9. Tasas de interés

Interés compensatorio y moratorio
1. Fuentes nacionales del artículo 1242
2. Análisis

Tasas máximas de interés convencional
1. Fuentes nacionales del artículo 1243
2. Análisis

Tasa de interés legal
1. Fuentes nacionales del artículo 1244
2. Análisis

Pago de interés legal a falta de pacto
1. Fuentes nacionales del artículo 1245
2. Análisis

Pago del interés por mora
1. Fuentes nacionales del artículo 1246
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Intereses en obligaciones no pecuniarias
1. Fuentes nacionales del artículo 1247
2. Análisis

Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores
1. Fuentes nacionales del artículo 1248
2. Análisis

Limitación al anatocismo
1. Fuentes nacionales del artículo 1249
2. Análisis

Validez del convenio de capitalización de intereses
1. Fuentes nacionales del artículo 1250
2. Análisis

Capítulo tercero
Pago por consignación

Consideraciones generales. Requisitos de la consignación
1. Fuentes nacionales del artículo 1251
2. Análisis

Clases de ofrecimiento
1. Fuentes nacionales del artículo 1252
2. Análisis

Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición
1. Fuentes nacionales del artículo 1253
2. Análisis

Momento en que surte efectos la consignación
1. Fuentes nacionales del artículo 1254
2. Análisis

Desistimiento del ofrecimiento de pago
1. Fuentes nacionales del artículo 1255
2. Análisis

Capítulo cuarto
Imputación del pago

Imputación del pago por parte del deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1256
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Orden de la imputación convencional
1. Fuentes nacionales del artículo 1257
2. Análisis

Imputación efectuada por el acreedor
1. Fuentes nacionales del artículo 1258
2. Análisis

Imputación legal
1. Fuentes nacionales del artículo 1259
2. Análisis

Capítulo quinto
Pago con subrogación

Subrogación legal o de pleno derecho
1. Fuentes nacionales del artículo 1260
2. Análisis

Subrogación convencional
1. Fuentes nacionales del artículo 1261
2. Análisis

Efectos del pago con subrogación
1. Fuentes nacionales del artículo 1262
2. Análisis

Naturaleza del cobro en la relación interna
1. Fuentes nacionales del artículo 1263
2. Análisis

Subrogación parcial
1. Fuentes nacionales del artículo 1264
2. Análisis

Capítulo sexto
Dación en pago

Concepto y consideraciones generales
1. Fuentes nacionales del artículo 1265
2. Análisis

Aparente supuesto en que la dación en pago se regula por las normas del contrato de compraventa
1. Fuentes nacionales del artículo 1266
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo séptimo
Pago indebido

Concepto y consideraciones generales
1. Fuentes nacionales del artículo 1267
2. Análisis

Pago indebido recibido de buena fe
1. Fuentes nacionales del artículo 1268
2. Análisis

Pago indebido recibido de mala fe
1. Fuentes nacionales del artículo 1269
2. Análisis

Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe
1. Fuentes nacionales del artículo 1270
2. Análisis

Restitución de intereses o frutos por pago indebido recibido de buena fe
1. Fuentes nacionales del artículo 1271
2. Análisis

Supuestos de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe
1. Fuentes nacionales del artículo 1272
2. Análisis

Carga de la prueba del pago indebido
1. Fuentes nacionales del artículo 1273
2. Análisis

Prescripción de la acción por pago indebido
1. Fuentes nacionales del artículo 1274
2. Análisis

Supuestos en los que el deudor no tiene acción de repetición
1. Fuentes nacionales del artículo 1275
2. Análisis

Reglas de pago indebido para obligaciones de hacer y no hacer
1. Fuentes nacionales del artículo 1276
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

CONSIDERACIONES GENERALES. NOCIÓN DE PAGO

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

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1220

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

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil 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 trataba el tema en su artículo 2897: «Pago en general es el cumplimiento de una obligación; y pago propiamente dicho la entrega de la cosa debida»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 196: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa, o hecho la prestación en que la obligación consistía»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 186: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1225: «No se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1234: «No se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste».

LUIS DOMINGO CASTILLO FREYRE

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

2. Análisis

2.1. Los medios generales extintivos de las obligaciones[996]

A continuación abordaremos el tema realizando una clasificación que nos permita otorgarle una metodología de estudio adecuada.

2.1.1. Por su idoneidad

2.1.1.1. Ideales

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

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

2.1.1.2. No ideales

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

996 Sobre este tema, recomendamos al lector la consulta de los siguientes autores: Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, pp. LVI y LVII; Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 101 y 102; Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 99 y ss.; y Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 355 y ss.

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

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

La dación en pago, figura que ha sido regulada de manera autónoma por el Código Civil peruano de 1984, implica extinguir la obligación con una prestación distinta a la debida (artículo 1265), lo que a todas luces refleja una desviación en el destino natural de la obligación originaria.

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

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

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

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

2.1.2. Por sus efectos

2.1.2.1. Extintivos, en estricto

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

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

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

2.1.2.2. No extintivos, en estricto

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

En tal sentido, tenemos al pago con subrogación, pues si bien tal institución significa un «pago», éste es relativo, pues hace que subsista la relación jurídica, sólo que ella tiene un nuevo acreedor.

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

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

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

2.1.3. Por las partes que intervienen

2.1.3.1. Unilaterales

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas tenemos, en primer lugar, al pago, cuando para que él se verifique sólo se requiere de la intervención del deudor y no del acreedor. Los casos típicos los encontramos en las obligaciones de no hacer.

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

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

También podría considerarse como medio extintivo de carácter unilateral el pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260 del Código Civil).

2.1.3.2. Bilaterales

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

Dentro de tal orden de ideas son bilaterales el pago, en estricto, cuando requiere de la intervención del acreedor; el pago con subrogación comercial (artículo 1261 del Código Civil); la dación en pago, pues requiere el acuerdo de ambas partes para que el acreedor reciba como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplir el deudor; la novación objetiva, que exige del acuerdo entre acreedor y deudor para sustituir la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente (argumento del artículo 1278 del Código Civil); la novación subjetiva por cambio de acreedor, en la que se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280); la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, pues exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (artículo 1281) y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, ya que ella, a pesar de que no interviene el deudor, sino el acreedor, sí requiere de la participación de un tercero para que se produzca.

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

La condonación es también un medio bilateral extintivo de las obligaciones, porque para el perdón de la deuda se requiere, además de la voluntad del acreedor, el asentimiento del deudor. También lo será la consolidación cuando ella se produzca de modo voluntario, como ocurriría si se fusionan dos empresas o personas jurídicas con obligaciones entre ellas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.3.3. Sin intervención de las partes

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

La excepción estaría constituida cuando la consolidación se produce por transmisión voluntaria de obligados o en los casos de fusiones de empresas.

2.1.4. Por la intervención de la voluntad humana

2.1.4.1. Voluntarios

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

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

2.1.4.2. Involuntarios

Consideramos que el único medio extintivo de las obligaciones que opera prescindiendo de la voluntad de una o ambas partes de la relación jurídica es la consolidación —en su faceta más usual—-, que actúa de pleno derecho al concurrir en una misma persona las calidades de acreedor y de deudor. Como ha sido visto anteriormente, al ser la muerte la causa general que produce la consolidación, esta usualmente se genera en forma involuntaria, de pleno derecho.

2.1.5. Por su normalidad

2.1.5.1. Normales

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.5.2. Anormales

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

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

También son medios anormales de extinción de las obligaciones la muerte o la incapacidad para ejecutar la prestación por parte del deudor en las obligaciones *intuitu personae* (argumento del artículo 1218 del Código Civil) y la caducidad (artículos 2003 a 2007 del Código Civil).

La prescripción (artículos 1989 a 2002 del Código Civil) —como sabemos—, tiene por efecto convertir a la obligación civil en un deber moral, denominado por la doctrina como obligación natural.

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

2.1.6. Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor

2.1.6.1. Satisfactorios

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

Así, tenemos el pago en estricto, el pago por consignación —una vez que éste surte sus efectos—, el pago con subrogación, la dación en pago, la novación y la compensación.

2.1.6.2. No satisfactorios

Consideramos como medios extintivos no satisfactorios a aquellos que si bien concluyen la relación obligacional, no pasan por un cumplimiento de ésta, como es el caso de la condonación, que implica el perdón de la deuda (no pago de ésta); la consolidación, esto es, la reunión en una misma persona de las calidades de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acreedor y de deudor sin efectuarse pago alguno, por resultar éste un imposible jurídico; la transacción, si el asunto dudoso o litigioso pasa, como es de suponer, por la no ejecución en estricto de la prestación debida; y el mutuo disenso, que importa el acuerdo entre las partes para dejar sin efecto las obligaciones pendientes de cumplimiento.

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

Como hemos indicado, el pago es una de las formas generales de extinción de las obligaciones. El pago, por decirlo así, es la forma natural o por excelencia de extinción de las obligaciones[997].

Toda relación obligatoria tiene carácter efímero. Ello es totalmente cierto por cuanto acreedor y deudor se obligan con miras a la satisfacción de un interés patrimonial.

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

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

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

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

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

997 Sobre este particular recomendamos al lector la consulta de los siguientes autores: Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 5 y 6; Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 360; Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 35; Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, p. 721; Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 105 y 106; Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 89; Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 230 y ss.; y Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 109.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante ello, compartimos el parecer de Albaladejo[998], cuando sostiene que el acreedor podría impedir el pago de su deudor si es que le fuese perjudicial, por haber cambiado las circunstancias existentes desde el momento del nacimiento de la obligación. Será obvio, sin embargo, que el acreedor tendrá que abonar al deudor la contraprestación a la que se hubiese obligado (o, al menos la utilidad que de ella debía quedar en manos del deudor), pues de lo contrario estaríamos admitiendo que el acreedor (deudor en otra obligación surgida del mismo acto) pueda eximirse impunemente de continuar la ejecución de sus propias obligaciones.

Lo debatible sería si el deudor podría tener derecho a discutir la legitimidad de la procedencia o no de la negativa de su acreedor a recibir el pago, y si el deudor tendría derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios.

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

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

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

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

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

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

Por ello creemos que si bien el profesor español Manuel Albaladejo acierta en señalar que el acreedor puede —*motu proprio*— impedir la ejecución de la prestación de su deudor, pagando el íntegro de la contraprestación debida, dicho

998 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 119 y ss.

deudor podría tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de la no ejecución de la obligación debida, lo que parecería de justicia en el caso propuesto.

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

2.3. El alcance de la acepción «pago»[999]

Sobre el concepto de la palabra «pago» propiamente dicha existen numerosas posiciones doctrinarias.

Vulgarmente se considera como pago la entrega de una cantidad dineraria debida. La Real Academia Española[1000] entiende por pago a la «entrega de un dinero o especie que se debe». Sin embargo, dentro del campo del Derecho de Obligaciones, la definición de la Real Academia resulta incompleta.

Pago, en Derecho de Obligaciones, es la ejecución de una prestación debida, ya sea ésta de dar, de hacer o de no hacer. Por lo tanto, habría que agregar a la definición de la Real Academia la posibilidad de que se pague con un servicio, con un acto o con una abstención, si es que el deudor o deudores se hubiesen obligado a ello.

Si bien nuestro Código Civil no ha asumido una definición de pago, entendemos que sería de aplicación la antes enunciada.

En tal orden de ideas, podríamos recapitular tal definición sobre la base de las siguientes premisas:

(a) En el sentido común o vulgar, el pago consiste en el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor en favor del acreedor con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria. Excepcionalmente, el Código Civil alemán, en su artículo 244, emplea la palabra «pago» para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, usando la palabra «ejecución» para referirse al cumplimiento de obligaciones de otra naturaleza (artículos 362 y siguientes).

999 Sobre esta materia recomendamos al lector la consulta de los siguientes autores: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 105 y ss.; ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, tomo I, pp. 93 y 94; SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 182; DUPICHOT, Jacques. *Op. cit.*, pp. 109 y 110; WEILL, Alex y François TERRÉ. *Op. cit.*, p. 963; STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 69; VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 411; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op. cit.*, pp. 271 y ss.; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 214 y ss.; COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852. *Op. cit.*, fascículo V, p. 178; POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 187; y BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 145.

1000 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, p. 993.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(b) En sentido jurídico, la palabra «pago» significa el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer.

En este orden de ideas, paga, en las obligaciones de dar, quien entrega el bien objeto de la obligación. En las obligaciones de hacer el pago se produce cuando el deudor cumple con practicar el hecho prometido. Este hecho puede ser inmaterial —por ejemplo, el abogado que se obliga a defender a su cliente de palabra ante los tribunales—, o traducirse, luego de la actividad del deudor, en la entrega de un bien fruto de esa actividad —el pintor que se obliga a confeccionar un retrato—. En este último caso, se trata de una obligación de hacer, porque lo que prevalece es la actividad del sujeto pasivo que, en el caso propuesto, se traduce en hechos destinados a cumplir la prestación, hechos que resultan consecuencia de sus calidades artísticas; pero la obligación sólo quedará pagada cuando se efectúe la entrega del bien objeto de esa actividad. En las obligaciones de no hacer, esto es, en las obligaciones negativas, el pago se produce por la simple abstención, omisión o inactividad del deudor.

(c) En su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obligación, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etcétera.

Esta tesis se sustenta en expresiones de Paulo, contenidas en el *Digesto*, quien manifestaba que el pago consistía en cualquier modo de extinción de la obligación, porque pago era *solutio* y esta palabra significaba «disolución de la obligación». Pero el Derecho ha evolucionado, y hoy la palabra *solutio* se emplea como sinónimo de pago, y no alcanza a las otras formas de extinción previstas por la ley.

Nosotros utilizamos la palabra «pago» en su segunda acepción, esto es, como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es perfectamente coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277 al 1287), la compensación (artículos 1288 al 1294), la condonación (artículos 1295 al 1299), la consolidación (artículos 1300 y 1301), la transacción (artículos 1302 al 1312) y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por otra parte, el propio Código Civil, dentro del título del pago, trata expresamente de las obligaciones de dar sumas de dinero, específicamente, entre otros preceptos, en los artículos 1234, 1235 y 1237. Pero en ese mismo título regula, además, la extinción, por su debido cumplimiento, de toda clase de obligaciones, lo que determina que la ley peruana no se circunscriba, en esta materia, a las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligaciones pecuniarias, descartando así la acepción de la palabra «pago» en su sentido común o vulgar.

Cabe recordar que la primera de las normas que el Código Civil peruano consigna para el tema del pago es el artículo 1220, por el cual se establece que él se entenderá efectuado solamente cuando se haya ejecutado íntegramente la prestación.

Sobre el concepto de pago, la Casación n.º 1689-97-Callao, de fecha 1 de julio de 1998, ha señalado lo siguiente, «Concepto de pago. *Segundo*. Existen diversas acepciones y concepciones de la noción del pago, que la doctrina y las legislaciones han estudiado y recogido, respectivamente, las que pueden resumirse hasta en cuatro corrientes, que seguidamente se exponen: a) el pago de noción amplia, como sinónimo de la extinción de la obligación, esto es que, con la expresión pago se alude a cualquiera de los medios extintivos que implican la disolución del vínculo y la liberación del obligado, aunque el acreedor haya quedado insatisfecho, como la compensación, la condonación, etcétera, sin embargo se ha criticado esta teoría por ser borrosa y general que la hace perder utilidad; b) la noción pago para designar el cumplimiento de las obligaciones por medio de la entrega de una suma de dinero que se debe la que tampoco ha sido aceptada porque no sólo paga quien entrega dinero, sino que lo hace, en general, todo deudor que desarrolla la conducta esperada por el acreedor; c) otra corriente señala que pago es la entrega de cosas, sean éstas fungibles o no, noción también criticable por la razón anterior; y, d) la expresión pago, como acto de cumplir específicamente el comportamiento prometido o esperado por el acreedor, y al satisfacer el interés de éste se libera al deudor. *Tercero*. La última noción, es la que cabe aceptar, ya que es posible armonizar con el análisis dogmático jurídico del artículo 1220 del Código Sustantivo, en tal sentido cabe puntualizar, siguiendo a Ernesto Wayar, que el pago o cumplimiento es la realización de la prestación que le proporciona al acreedor el objeto debido para la satisfacción de su interés, al tiempo que extingue el vínculo y libera al deudor».[1001]

Por lo demás, debe considerarse ejecutada una prestación solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar, hacer o no hacer prometidos. Definitivamente, un dar, hacer o no hacer cumplidos parcialmente nos llevará al tema del cumplimiento parcial, puesto que si algo se cumple en parte, ese algo también se incumple en otra parte. Entendemos que estos razonamientos fluyen de la simple lógica.

Es en tal sentido que el artículo 1220 del Código Civil peruano recoge ese principio, pues de acuerdo con esta norma se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

1001 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 911. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.4. Requisitos del pago

Respecto de los requisitos del pago, éstos son los siguientes:

- Preexistencia de una obligación
- Que la prestación se efectúe con *animus solvendi*
- Que se pague aquello que se debe
- Que se pague íntegramente lo debido

A continuación su desarrollo.

2.4.1. Preexistencia de una obligación

Como dice el maestro León Barandiarán[1002] «El primer requisito del pago, la preexistencia de una obligación, que por aquél se extingue, está inserto dentro del precepto 1234 (se refiere al Código Civil peruano de 1936). El pago, en efecto, no puede significar otra cosa que cumplir con aquello que se debe: *solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit.* Si no existiere obligación preexistente, habría lugar a que funcionase el recurso de la repetición respectiva, la *conditio indebiti*».

Por nuestra parte, podemos añadir que este primer requisito resulta obvio. La ejecución de una prestación no debida es cualquier cosa menos pago.

2.4.2. Que la prestación se efectúe con *animus solvendi*

El segundo requisito del pago, que la prestación se efectúe con *animus solvendi*, es también de inmediata evidencia. Si dicha intención falta, no hay propiamente pago.

Según Busso[1003], como elemento necesario del pago se menciona —aparte de la prestación misma o elemento material— la intención de pagar (*animus solvendi*), pero los autores discrepan sobre diversos puntos, especialmente sobre si el *animus* constituye un elemento esencial del pago.

Señala Busso que el tema se vincula al de la naturaleza jurídica del pago. Si se admite que el pago es un acto jurídico, resulta por lógica implicancia que el *animus* o intención de pagar es requisito necesario.

Sin embargo, como nosotros consideramos que el pago puede ser tanto un acto jurídico como un hecho jurídico, según veremos más adelante, sostenemos que en este segundo supuesto no es necesario el *animus solvendi*. Por ello, seguimos la línea de pensamiento de Von Tuhr: hay pago aunque el deudor que cumplió un hacer material o un no hacer ignorara que estaba obligado a esas prestaciones.

1002 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 258 y 259.

1003 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 301 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Busso piensa que sólo habrá pago cuando el autor de la actividad la aplique al pago de la deuda. Hasta entonces, el mero hacer material o la abstención podrá conducir indirectamente a que se extinga la obligación, o bien podrán ser supuestos de hecho para otra relación o pretensión, como sería el caso de la gestión de negocios, pero no actos de pago.

Refiere el citado tratadista que se dice que si el deudor entregó lo que debía, pero lo hizo sin intención de pagar, y el acreedor recibió a título de pago, se habría operado la liberación del primero, quien no podría repetir, señalando que cabría sostener que en tal caso se configuró un pago sin *animus*.

Busso no acepta esta última conclusión, ya que si bien es cierto que el deudor no puede repetir, ello se debe a otras circunstancias. Lo que ocurre es que el acreedor demandado por restitución, podrá oponer en compensación el crédito que por su parte tiene con relación a aquella misma cosa que el deudor le entregó sin *animus solvendi*, en cuyo caso la extinción no se operará por un pago sin *animus*, sino por vía de compensación, que es un modo de extinción distinto.

Asimismo, el acreedor demandado por restitución podría contrademandar para que se condenara al deudor a aplicar la prestación ya cumplida al pago de la deuda preexistente. En tal caso, la decisión que condene al deudor suplirá la falta de conformidad de éste, de modo que tampoco en dicho planteamiento habría pago sin *animus*, sino extinción por vía de ejecución forzosa. Lo peculiar de esta ejecución es que en ella no se condenaría al deudor a cumplir en tiempo futuro, sino a tener por acto de pago la prestación ya realizada.

Un tema íntimamente vinculado con el del *animus solvendi* es el de la cooperación al pago. En ciertos casos, aparte de la aceptación, el acreedor debe prestar una colaboración más o menos efectiva para que el pago se realice. Se señalan diversos casos prácticos en que esa cooperación es necesaria: quien encarga un retrato a un pintor debe posar a tal efecto; el adquiriente de cosas que se miden, pesan o cuentan debe concurrir a esas operaciones; el locatario de una obra debe permitir al contratista el acceso al lugar donde deba efectuarse la construcción de la obra; el acreedor de obligaciones indeterminadas debe practicar la correspondiente elección; el acreedor de sumas de dinero puede estar obligado, en determinadas condiciones, a facilitar «vuelto» al *solvens*, etcétera. Así las cosas, faltando el acreedor a la colaboración debida, quedaría incurso en mora creditoria.

Guillermo A. Borda[1004] trata el tema de la liberación sin causa o putativa. Según el mencionado tratadista, así como puede pagarse sin causa, puede también liberarse sin causa. Es el caso del acreedor no pagado que creyendo hecho el pago libera al deudor. O del acreedor que sabiendo que no ha sido pagado, otorga en confianza el recibo: el instrumento es nulo, no por error (que no lo hubo porque

1004 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 611 y 612.

el firmante sabía que no había recibido el dinero), sino porque la liberación carecía de causa.

Es evidente —dice Borda— que demostrado que la deuda no se ha pagado, el acreedor conserva todos sus derechos. Por consiguiente, si la deuda estuviere vencida, podrá demandar su pago; si no estuviese vencida, podrá demandar al deudor para que le otorgue un nuevo título de la deuda con las mismas garantías y por instrumento de igual naturaleza; y si el deudor se negase, servirá de nuevo título la sentencia que se pronuncia en favor del acreedor. Agrega Borda que los gastos necesarios para restablecer la situación anterior del acreedor deben estar a cargo del deudor que de mala fe recibió la liberación; pero si él demostrara que obró de buena fe y que razonablemente puede creer que estaba liberado, dichos gastos deben correr a cargo del acreedor.

2.4.3. Que se pague aquello que se debe

Como enseña León Barandiarán[1005],

> El tercer requisito del pago consiste en que se pague aquello que se debe. De otra suerte, el acreedor no queda obligado a recibir la prestación del *solvens*, aunque ésta sea de mayor valor que la debida: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. Pero este principio, instituido en favor del acreedor, puede ser eliminado si en ello consiente el acreedor. Así, en caso de dación en pago o de obligación facultativa, el acreedor recibe otro objeto distinto del que le es debido, sin que la operación presente ninguna irregularidad. El principio también resulta descartado en el caso de *datio in solutum necessaria*, por inferencia de la regla *nemo ad factum praecise cogi potest*, concerniente a las obligaciones de hacer. En cuanto a lo que constituye el objeto debido y la forma de prestarlo, es materia que corresponde a las diferentes clases de obligaciones, de dar cuerpo cierto, de cosa genérica, de hacer o de no hacer[1006].

El principio de identidad en las obligaciones de dar bienes ciertos está previsto por el artículo 1132 del Código Civil peruano de 1984, que establece que «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

La importancia del principio, como se sabe, trasciende el campo de las obligaciones de dar, para ingresar —con igual fuerza— en las de hacer y no hacer.

1005 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 259 y 260.

1006 Sobre este tema recomendamos al lector la consulta de los siguientes autores: Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, pp. 205 y ss.; Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVII, pp. 201 y ss.; Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-B, pp. 196 y ss.; Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, p. 114; y Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 361 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En general, podría resumirse afirmando que el deudor está obligado a ejecutar la prestación convenida y no otra.

El principio de identidad tiene directa relación con aquello que se va a cumplir, mas no con las dimensiones de dicho cumplimiento. Es así que consideramos que el principio de identidad de la prestación apunta al pago con idéntica prestación a la convenida, mas no al pago con la prestación convenida pero con dimensiones distintas. Este principio de identidad está previsto por la ley peruana en el artículo 1220 del Código Civil, antes citado.

El supuesto ideal en toda obligación es que el deudor cumpla exactamente de acuerdo a lo pactado. Pero pueden ocurrir, por las más diversas causas, situaciones excepcionales en las cuales si bien es cierto que se cumple con la prestación debida, dicha prestación reviste cantidades o dimensiones distintas o diversas a las originalmente convenidas.

Para el análisis de este último tema ingresamos al principio de integridad del pago.

2.4.4. Que se pague íntegramente lo debido

Luego de haber estudiado qué es lo que se debe dar en pago, consideramos conveniente analizar el tema de cómo es que se debe hacer el pago.

El profesor Alfredo Barros Errázuriz efectúa una interesante enumeración a este respecto[1007].

1007 Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, volumen II, pp. 200 y ss. Así, sostiene el citado tratadista:
«(a) El pago debe hacerse del modo que se hubiera estipulado, parcial o totalmente, porque la voluntad de las partes es ley en los contratos.
(b) Si nada se hubiera estipulado, el pago se ha de hacer por entero, esto es, debe pagarse de una vez la totalidad de la deuda. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.
Esto supone que se trata de una obligación en que hay un solo acreedor y un solo deudor; porque si hay varios acreedores o deudores y la obligación no es solidaria o indivisible, se presume dividida en proporción al número de acreedores y deudores.
(c) El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban; de modo que si se debe capital e intereses, el acreedor puede rehusar el pago del capital cuando el deudor no ofrece al mismo tiempo el pago de los intereses, que son un accesorio del crédito. Si el acreedor recibe un pago parcial, éste se imputa primeramente a los intereses, salvo que consienta expresamente en imputarlo al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, éstos se presumen pagados.
(d) Fuera del caso de haberse convenido entre el deudor y el acreedor que el pago se haga fraccionado, la ley establece la división de la deuda, y consiguientemente el acreedor recibirá el pago por parcialidades, cuando por muerte del deudor la obligación se divide entre sus herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias; cuando se opere una compensación parcial, por haber adquirido el deudor contra su acreedor un crédito menor que su deuda; y en el caso del beneficio de división, que la ley concede a los fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago.

El supuesto ideal en toda obligación es que el deudor cumpla respecto del acreedor ejecutando la prestación exactamente de acuerdo a lo convenido. Pero podrían ocurrir, por las más diversas circunstancias, supuestos de excepción en los cuales la prestación ejecutada revista dimensiones distintas a las originalmente convenidas.

Creemos que aquí el deudor estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, ya que estaría pagando con cantidades diversas a aquellas por las que se obligó.

Sin lugar a dudas, el principio de integridad del pago, aplicable a todas las obligaciones, cualquiera fuese su naturaleza, resulta más representativo en el caso de las obligaciones de dar, en razón de que son más fácilmente cuantificables. En tal sentido, compartimos el parecer de Rosario García Gálvez[1008], cuando sostiene que si se paga con cantidades diversas a aquéllas objeto de la obligación, el tema revestiría ciertos matices, pues cabría la posibilidad de que el bien entregado tenga dimensiones mayores o menores a las pactadas. Nos referiremos en forma separada a cada una de estas hipótesis:

(a) En caso de que el bien entregado tenga mayores dimensiones que las convenidas, consideramos que podría concluirse que el pago ha sido verificado y, por lo tanto, dicho exceso podría representar, eventualmente, un supuesto de pago indebido, si se configurase la institución con los requisitos que el Código Civil prevé para éste.

(b) En el supuesto de que el bien entregado tenga dimensiones o cantidades inferiores o menores a las convenidas, sin lugar a dudas se podría configurar un caso de trasgresión al principio de integridad en el pago, ya que en buena cuenta no se estaría efectuando un pago íntegro.

(e) Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.
(f) Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo.
(g) Cuando concurran entre un mismo acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros.
(h) Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.
(i) Por último, si la deuda es de género, el deudor no está obligado a entregar una cosa de las mejores entre las del género, ni tampoco podría ofrecerla de las peores; el acreedor no puede pedir determinadamente alguna, y el deudor queda libre entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana».

1008 García Gálvez, Rosario. *La compraventa sobre medida*. Monografía sustentada para obtener el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 1994, p. 18.

En tal orden de ideas, el comprador podría negarse a recibir el bien, en estricta aplicación de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1221 del Código Civil; en tanto que el vendedor no podría compeler al comprador a recibirlo en razón de lo prescrito por la misma norma.

Pero resulta imprescindible aclarar que el principio de integridad en el pago, y el derecho que otorga el artículo 1221 del Código Civil al acreedor para negarse a recibirlo parcialmente, tienen estricta vigencia en tanto estemos en el momento inmediato previo a la verificación o ejecución de dicho pago. Este principio no se aplica, por razones obvias, luego de verificado el pago parcial. En este caso no cabría negativa alguna a su recepción, pues él ya se habría verificado.

En tal situación, el único camino viable sería que el acreedor que luego percibe que la naturaleza de la prestación ha trasgredido el principio de integridad, efectúe un reclamo al deudor, de acuerdo a los principios generales recogidos en las normas del Código Civil sobre el Derecho de Obligaciones y la parte general de contratos, en especial los preceptos relativos al contrato con prestaciones recíprocas.

Adicionalmente, debemos remitirnos a la Casación n.º 692-99-Callao, de fecha 23 de julio de 1999, que desarrolla el principio de integridad del pago, «Se entiende efectuado el pago únicamente cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. *Sétimo.* Es precisamente sobre la base de tal elemento —la voluntad— que la Sala colige que existió un nuevo contrato modificatorio del primero y que los pagos parciales equivalen a un pago total que ha extinguido el contrato. *Octavo.* Sin embargo, tal interpretación resulta errada pues no fluye del texto del artículo 1221 del Código Sustantivo y, por el contrario, violenta el sentido del artículo 1220 del mismo cuerpo legal que fija como principio que el pago se entiende efectuado sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, lo cual no ha ocurrido en este caso [...]».[1009]

2.5. La naturaleza jurídica del pago

Una de las materias que despierta las mayores controversias en cuanto al pago es la referida a su naturaleza jurídica[1010].

Por ello resulta tema neurálgico del pago el determinar dicha naturaleza jurídica. ¿Constituye el pago un acto jurídico, como afirma la mayoría de la doctrina? En tal caso, ¿se trataría de un acto jurídico bilateral o unilateral? ¿O se configura

1009 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 912. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1010 Sobre este particular recomendamos al lector la consulta de los siguientes autores: Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 411 y ss.; De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 103 y 104; Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 295 y ss.; Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 509 y ss.; Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-B, pp. 108 y ss.; Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 249 y ss. y Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 290 y 291.

como un hecho jurídico? O más bien, siguiendo a Carnelutti, podríamos calificarlo como «un acto debido».

El acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. Es la participación de la voluntad la que determina que un hecho jurídico derive en un acto jurídico. Éste, a su vez, puede ser unilateral o bilateral.

Hecho jurídico, por su parte, es toda causa capaz de generar un efecto jurídico. Desde este punto de vista, el hecho jurídico vendría a constituir el género y el acto jurídico la especie.

La materia reviste, sin duda, complejidad. Si nos encasillamos, si decidimos otorgar al pago, en todos los casos, idéntica naturaleza jurídica, vamos a llegar, ineludiblemente, a conclusiones erróneas.

El pago generalmente es un acto jurídico, bilateral o unilateral. Esto se desprende del artículo 140 del Código Civil peruano, cuando dispone que: «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas [...]». Pero en otros supuestos el pago constituye, sin duda, un hecho jurídico.

Nos explicamos.

En el caso, por ejemplo, de un contrato de compraventa en que el comprador se obliga a pagar el precio y el vendedor a entregar el bien en propiedad, ello es consecuencia de una relación jurídica patrimonial que, a su turno, genera dos relaciones obligacionales recíprocas, las que normalmente se extinguen mediante el pago. En estos casos, cuando el comprador paga el precio y el vendedor lo recibe, se manifiesta la voluntad de ambas partes destinadas a extinguir relaciones jurídicas; y exactamente lo mismo, pero a la inversa, sucede cuando el vendedor paga entregando en propiedad el bien, mueble o inmueble, objeto de la venta, y el comprador lo acepta. Aquí, en ambas hipótesis, estaríamos ante típicos actos jurídicos bilaterales.

Pero no todas las obligaciones se extinguen de la manera descrita. Existen pagos que constituyen verdaderos actos jurídicos unilaterales. Los prototipos se encuentran en las obligaciones de no hacer. En estos supuestos, para realizar el pago sólo se requiere la manifestación de voluntad de una de las partes, el deudor, que lo ejecuta absteniéndose de hacer, omitiendo, no haciendo, como su propio nombre lo indica. Pero este pago no requiere del concurso del acreedor. Éste ya manifestó su voluntad al contraer la obligación, pero no se le exige que exprese nuevamente su voluntad para aceptar el pago. El deudor sí está manifestando su voluntad al abstenerse de actuar. En estos casos estaríamos ante un verdadero acto jurídico unilateral.

Pero el pago no constituye, necesariamente, un acto jurídico. Pasamos a demostrarlo en tres casos, a nuestro entender, de claridad meridiana.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Cuando el deudor rehúsa el pago y el acreedor se lo procura forzadamente, ejecutando a tal deudor, ¿de qué manifestación de voluntad, libre y espontánea, podemos hablar? Aquí la ejecución por el acreedor, procurándose la prestación, constituiría un hecho jurídico, no un acto jurídico.

Por otra parte, si el deudor no puede pagar, por no ser, por ejemplo, agente capaz, quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado (artículo 1223 del Código Civil). Si la presencia del agente capaz es requisito indispensable para la validez del acto jurídico (artículo 140, *in fine*, del Código Civil), ¿a qué acto jurídico estaríamos aludiendo si quien pagó era un agente incapaz y, sin embargo, el pago, en la hipótesis prevista, tiene validez? Estaríamos entonces ante un hecho jurídico que produce el efecto de extinguir la obligación mediante el pago.

Y, en este orden de ideas, también podríamos referirnos al artículo 1224 del mismo Código, cuando establece que sólo es válido el pago que se efectúa al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él. Si en este caso el acreedor es incapaz, pero se aprovecha del pago, éste tendría validez. En esta hipótesis tampoco podría configurarse un acto jurídico, porque una de las partes, el acreedor, sería un agente incapaz. Se trataría, en consecuencia, de un hecho jurídico.

Finalmente deseamos referirnos al pago por consignación. Ocurre en estos casos, y con frecuencia, que el acreedor rehúsa aceptar el pago ofrecido por el deudor. Si éste consigna la prestación debida, el acreedor la impugna y se desestima tal impugnación, ¿a qué acto jurídico podríamos estarnos refiriendo? En este caso se habría producido un pago, pero no habría, por parte del acreedor, manifestación de voluntad para aceptarlo. Se trataría de un pago impuesto. Y el pago, con esas características, constituye un hecho jurídico y no un acto jurídico.

Estas conclusiones nada tienen de sorprendentes, pues un mismo evento, en circunstancias distintas, puede asumir caracteres propios.

Y si tratamos, brevemente, sobre las otras formas de extinción de las obligaciones, vemos que algunas de ellas también pueden variar de naturaleza. No nos referimos, desde luego, ni a la novación ni a la transacción, porque ellas constituyen actos jurídicos bilaterales. En rigor, son verdaderos contratos destinados a extinguir la obligación, aunque de ellos surjan nuevas relaciones obligacionales. Tampoco aludimos a la condonación o al mutuo disenso, que también constituyen actos jurídicos bilaterales.

Pero, ¿qué ocurre con la consolidación o confusión? Ella puede ser un acto jurídico bilateral o, simplemente, un hecho jurídico. Veamos. Si el acreedor cede los derechos que tiene contra su deudor al propio deudor, la obligación se extingue por confundirse en este último las calidades contradictorias de acreedor y

ESTUDIO OSTERLING PARODI

deudor. Pero aquí habría existido un perfecto acto jurídico bilateral. Sin embargo, si el acreedor fallece y lo hereda su deudor, sucesor único, entonces la obligación también se extingue. Pero, ¿podríamos aquí argüir que ha existido un acto jurídico entre acreedor y deudor? La respuesta negativa se impone. Lo único que ha existido es un hecho jurídico que extingue la obligación, pues el deudor está imposibilitado de cobrarse a sí mismo. En este caso se percibe con toda nitidez cómo una misma institución jurídica, en este caso llamada consolidación o confusión, puede tener naturaleza diferente.

La propia compensación tiene distinta naturaleza jurídica según el tratamiento legislativo que se le otorgue. En el Derecho peruano (artículo 1288 del Código Civil) la compensación extingue las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. En consecuencia, las obligaciones de esas características pueden coexistir. Pero es suficiente la manifestación unilateral de voluntad de una de las partes, al conjugarse las exigencias previstas por la ley, para que se extingan las relaciones obligacionales. Aquí estaríamos en presencia de un acto jurídico unilateral.

Sin embargo, si nos ubicamos en el Derecho francés (artículo 1290 del Código Napoleón), en el que la compensación opera de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, al coexistir las obligaciones, ¿estaríamos aquí ante un acto jurídico? Evidentemente que no. Sólo estaríamos frente a un hecho jurídico, porque la extinción de las obligaciones opera al margen de la voluntad.

Vemos, pues, que la naturaleza jurídica de una misma institución puede variar. Por eso, cuando se está ante realidades diferentes, también podemos encontrarnos ante una misma institución que asuma caracteres distintos.

Por último, y a manera de conclusión, debemos dejar establecido que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho a hacerlo, por diversas razones: a) desea cumplir con un imperativo de su conciencia; b) desea liberar de cargas a su patrimonio; c) desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inejecución de la obligación en favor del acreedor; d) desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder. Es por ello que la ley ha organizado dos instituciones para que el deudor, ante la renuencia del acreedor a aceptar el pago, pueda liberarse: el pago por consignación y la mora del acreedor. En la misma medida en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago, también tiene el deber de aceptarlo.

ASTUDILLO CASTEGNARO

Indivisibilidad del pago

Artículo 1221.- No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.

Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda.

1. Fuentes nacionales del artículo 1221

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta; y al *Fuero Real*, Ley 9, Título XX, Libro III: «*Si aquel que habie de rescebir el deudor no quisiere recibir parte sin todo, no sea constreñido de lo recibir*».

El artículo 1221 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852 trata el tema en su artículo 2226: «El acreedor puede ser obligado a admitir el pago por partes, con tal que cada una no baje de la cuarta; salvo estipulación diversa o contraria»; el Proyecto del Código Civil de 1890, en su artículo 2908: «El acreedor puede ser obligado a recibir el pago por partes con tal que cada una no baje del veinticinco por cierto; salvo estipulación diversa o contraria»; el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 213: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.— Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda»; el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 203: «A menos que el contrato o la ley lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.— Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1238: «A menos que el contrato o la ley lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación.— Sin embargo,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1247: «A menos que el contrato o la ley lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.— Sin embargo, cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, trataba el tema en el artículo 85: «A menos que el contrato o la ley lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.— Sin embargo, cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 88: «No podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autorice.— Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigirse al acreedor y tendrá derecho el deudor, al pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1242: «No podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.— Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigirse al acreedor y tendrá derecho el deudor, al pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1189: «No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.— Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda».

2. Análisis

El acreedor no puede ser compelido (obligado) a recibir un pago parcial de la prestación objeto de la obligación. Esta es la regla general. El acreedor no podrá ser obligado a recibir un cumplimiento parcial, pues, se entiende, dicho cumplimiento parcial equivale a un incumplimiento de parte de la prestación debida. Y no es a eso a lo que se ha obligado el deudor (o aquello que la ley le ordena cumplir). Esta afirmación es simple consecuencia del principio de integridad de la prestación, de la indivisibilidad del pago. La regla excepcional, que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes, es que el deudor, por mandato de la ley o por el contrato, esté autorizado a efectuar pagos parciales.

La regla general también ha sido materia de pronunciamiento por parte de los tribunales nacionales, como se puede observar en la Casación n.º 692-99-Callao,

de fecha 23 de julio de 1999, «Principio de integridad. Prohibición de compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación, a no ser que la ley o el contrato lo autoricen. *Sétimo*. Es precisamente sobre la base de tal elemento —la voluntad— que la Sala colige que existió un nuevo contrato modificatorio del primero y que los pagos parciales equivalen a un pago total que ha extinguido el contrato. *Octavo*. Sin embargo, tal interpretación resulta errada pues no fluye del texto del artículo 1221 del Código Sustantivo y, por el contrario, violenta el sentido del artículo 1220 del mismo cuerpo legal que fija como principio que el pago se entiende efectuado sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, lo cual no ha ocurrido en este caso».[1011]

Gete Alonso[1012] sostiene que «La indivisibilidad supone la unidad en el cumplimiento de la prestación, el acreedor tiene derecho a la prestación que no puede fraccionarse en el tiempo ni en partes, no importando si el objeto con el que se cumple puede o no ser susceptible de división».

Decía Demolombe[1013] que el tema de la integridad del pago fluye de la pregunta de cómo se debe pagar la cosa debida: se debe pagar la cosa tal como se prometió. Además —agrega—, es la cosa por completo la que se prometió en su individualidad, cualquiera que sea el objeto, un cuerpo cierto o una cantidad; entonces es esta cosa considerada en su unidad total como debe pagarse. Considera Demolombe que fraccionarla sería desnaturalizarla; sería substituir a la única deuda de una sola cosa en tantas deudas separadas como partes se hiciera de ella, sean éstas iguales o desiguales; y esto no lo puede hacer el deudor sin el consentimiento del acreedor.

Anota que lo primero ocurre cuando se contempla el fraccionamiento escalonado, como sería el caso de una compra de lotes por mensualidades. En tal caso, el deudor del precio está autorizado a hacer pagos parciales en las fechas prefijadas. Empero, si se atrasa en los pagos y deja acumular varias cuotas impagas, el principio de integridad recobra su virtualidad, quedando precisado el comprador a solventar conjuntamente todas las cuotas atrasadas.

Considera Demolombe que se interpreta acuerdo tácito para hacer pagos parciales cuando el deudor cuenta a su favor con una «cláusula de pago a mejor fortuna». En tal caso, cabe admitir un pago parcial que quiera hacer el deudor si por ahora no está en condiciones de efectuar un desembolso mayor: es lo que condice con el sentido de una cláusula de ese tipo.

1011 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 913. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1012 Gete-Alonso, María del Carmen. «El pago o cumplimiento de la obligación». En *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato.* 2.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 182 y 183.

1013 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvii, p. 207.

Wayar[1014] sostiene que, en virtud del principio de integridad, el pago debe ser completo, es decir, el objeto del pago tiene que ser cuantitativamente igual al objeto del crédito. En tanto que con el principio de identidad se resuelve un problema de calidad o esencia, con el de integridad se resuelve otro de cantidad o magnitud; de modo tal que así como el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta (identidad), tampoco se le puede exigir que acepte una cantidad menor o fraccionada (integridad). Agrega que un pago es íntegro cuando el deudor, o *solvens*, le proporciona al acreedor, o *accipiens*, la totalidad del objeto debido en un solo y único acto de cumplimiento. El principio de integridad no tolera ni disminución ni fraccionamiento del objeto.

Refiere Wayar que, según algunos autores, el pago tiene que ser, además de íntegro, indivisible; en tanto que la integridad —dicen— impide circunscribir la prestación a una sola parte, la indivisibilidad impide fraccionarla en el tiempo. Sin embargo —señala—, no parece exacto discriminar integridad e indivisibilidad como si se tratara de dos principios, pues ambas expresiones se refieren, en realidad, a la misma cuestión: la paridad cuantitativa que tiene que haber entre el objeto del pago y el objeto del crédito. Si el acreedor tiene derecho a obtener la totalidad de su crédito en un único acto de cumplimiento, es lógico deducir que ese derecho a la integridad del objeto se verá vulnerado tanto cuando el deudor pretenda entregar una cantidad menor, como cuando pretenda pagar la totalidad de lo que debe pero mediante entregas parciales. Es el principio de integridad el que impide que el deudor pueda efectuar pagos parciales cuando no está autorizado; la idea de indivisibilidad está comprendida en él.

De otro lado, Jacques Dupichot[1015] señala que el pago debe comprender la totalidad de la deuda, incluyendo los gastos inherentes a él, como sería el caso de los impuestos de timbre de los documentos en que consta la deuda; pues, en efecto, el deudor no puede constreñir al acreedor a que acepte pagos fraccionados; pero Dupichot agrega que en la práctica hay veces en que es mejor aceptar pagos fraccionados que esperarse por el total del pago.

Por nuestra parte, podemos afirmar que los dos supuestos de excepción contemplados por el Código Civil peruano de 1984 al principio de integridad en el pago, como hemos señalado, resultan obvios, pues en ambos casos ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación.

Debe descartarse como interpretación que el contrato o la ley puedan referirse a un pago parcial que tenga la facultad de liberar al deudor de la totalidad de la prestación debida. No es éste el sentido de la norma. El precepto tiene por

1014 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 376 y ss.
1015 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 111.

objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida. Lo contrario sería admitir que el contrato o la ley estén dando al pago parcial características de pago total, lo que sería a todas luces absurdo.

En ese sentido, resulta interesante traer a colación la sentencia recaída en el Exp. n.º 01134-2022-0-1401-JR-CI-02, de fecha 13 de julio de 2023, «2.3. Que, en cuanto al argumento de la apelante referido a que en la Casación N° 697-98 La Libertad, se establece que en el derecho común el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales en atención al principio de integridad del pago; sin embargo, en materia cambiaria se establece una importante excepción al citado principio, regulado en la Ley de Títulos Valores, que prescribe que el acreedor no puede rehusar el pago parcial; tal principio tiene su fundamento en la posibilidad de liberar al deudor del rigor cambiario, aunque su pago sea parcial, por la parte que paga que, asimismo, conforme a lo regulado en la norma antes citada, se instituye el pago parcial como derecho que corresponde al deudor, al cual el tenedor legítimo no se puede negar, por lo que aquel tiene derecho también a que se lateralice en el documento cartular el pago efectuado y que además se le extienda el recibo correspondiente. Señalando además que el primer párrafo del artículo 1221 del Código Civil contiene una norma referida a la prohibición de compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación; siendo que en el presente caso el acreedor no ha sido compelido a aceptar los pagos parciales de la demandada, sino que tal recepción fue voluntaria. Al respecto este colegiado debe acotar que bajo el tenor de lo señalado, la indivisibilidad supone la unidad en el cumplimiento de la prestación, así pues si bien el acreedor tiene derecho a la prestación que no puede fraccionarse en el tiempo ni en partes, no importando si el objeto con el que se cumple puede o no ser susceptible de división; y si bien existen algunos supuestos en que la ley admite el pago parcial, tal como es el caso de la ley de títulos valores, que obliga al tenedor a aceptar el pago parcial de la obligación contenida en el título (artículo 65 numeral 65.1); no es menos cierto acotar que si no se ha convenido entre las partes, no puede hablarse de un pago parcial, sino puro y simple incumplimiento. En ese orden de ideas, cualquier pretensión de pago parcial que no cuente con el asentimiento del acreedor o respaldo legal, será un supuesto de incumplimiento de la prestación debida. Así pues, se debe precisar que el pago "es la puesta en práctica (ejecución), de manera exacta y puntual, de la prestación debida, y produce la extinción de la obligación, la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor". Así se cumple uno de los requisitos objetivos del pago, el mismo que se reputa efectuado cuando la prestación haya sido cumplida en su totalidad, como consecuencia de ello, el deudor tampoco puede efectuar pagos parciales, pues afectaría la enunciada integridad del pago, a menos que el acreedor esté dispuesto a aceptarlos. Siendo que en el presente caso y tal como lo señalado el apelante, este solicitó el refinanciamiento de la deuda puesta a cobro, sin embargo no recibió respuesta

alguna por parte de la entidad ejecutante; en tal sentido corresponde desestimar los agravios expuestos por el apelante».[1016]

Por otra parte, deuda líquida, a la que se refiere el segundo párrafo del artículo 1221 del Código Civil, es aquélla cuyo monto exacto está determinado o es determinable con suma facilidad. Por ejemplo, una deuda puede consistir en el pago de capital e intereses. El monto del capital será con frecuencia conocido desde el momento en que surge la obligación. Pero no necesariamente ocurrirá lo propio con los intereses devengados, los que deberán calcularse aplicando las tasas correspondientes, procedimiento que en algunos casos puede revestir cierta complejidad. En tal sentido, dicha norma faculta al acreedor a exigir el pago de la parte líquida, mientras se efectúa el cálculo de la otra parte —la ilíquida—, a fin de convertirla en líquida.

En opinión de Manuel Albaladejo[1017], las obligaciones (las deudas o créditos) de cantidad (de dinero o de otra cosa) pueden ser líquidas o ilíquidas. Son líquidas cuando no sólo está determinado en qué consiste la prestación, sino también está fijada numéricamente su cuantía. En otro caso son ilíquidas.

Refiere Albaladejo que la distinción de las obligaciones en líquidas e ilíquidas tiene importantes consecuencias, como en el caso de mora del deudor, o ciertos efectos procesales.

A entender de Busso[1018], para que una deuda se considere líquida deben concurrir acumulativamente dos circunstancias: (a) que sea cierta en la existencia; (b) determinada en el monto.

Explica Busso que la falta de cualquiera de esos requisitos priva de liquidez a la deuda: así, por ejemplo, si fuera cierta, pero no determinada (honorarios de un médico cuyos servicios no se niegan), o si fuera determinada pero no cierta (precio de un servicio fijado contractualmente, cuando se discute el hecho del cual dependa que proceda o no el pago). Añade que el requisito de liquidez ha sido considerado por la jurisprudencia principalmente en lo referente a determinar una deuda que devenga intereses.

Coincidimos con Llambías[1019] cuando expresa que en algunos casos es la propia ley la que concede al deudor la posibilidad de hacer un pago parcial. Así ocurre: (1) cuando el deudor se acoge al beneficio de competencia y paga lo que buenamente puede, que por hipótesis será una parte de la deuda; (2) cuando son

1016 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 377. Consultado en: https://lpderecho.pe/ejecutado-no-puede-obligar-scotiabank-recibir-parcialmente-credito-garantizado-pagare-pues-configuraria-supuesto-incumplimiento-no-contar-consentimiento-acreedor-exp-1134-2022-0/ Texto correspondiente a la tercera edición]

1017 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 85 y ss.

1018 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 487 y ss.

1019 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 200 y ss.

insuficientes los bienes del deudor para cubrir su deuda, en cuya situación el acreedor recibe, de hecho, un pago parcial; (3) cuando la deuda es parcialmente líquida.

Para Wayar[1020] el principio de integridad no es absoluto. Son varios los supuestos en los cuales el deudor está autorizado a efectuar un pago disminuido pero con efecto cancelatorio, en tanto que en otros está habilitado para fraccionar el pago en varios actos de cumplimiento. Que el deudor esté autorizado supone, correlativamente, que el acreedor debe ajustar su pretensión a los límites de la autorización; mientras que a la inversa, y puesto que la integridad es invocable por ambos sujetos, el deudor autorizado a fraccionar tampoco podría imponer al acreedor que acepte el pago íntegro contra su voluntad.

Puntualiza Wayar que la posibilidad de dejar a un lado la integridad puede provenir de un acuerdo entre acreedor y deudor, o de una disposición de la ley. Anota que son tres las excepciones al principio de integridad:

(a) Acuerdo de voluntades.

(b) Autorización legal.

(c) Autorización judicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1020 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 380 y ss.

Pago realizado por tercero

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

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1222

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: «*Non tan solamente es quito ome de lo que deue, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola a otro qualquier por el su nome. E maguer aquel que deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso sería quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse*».

Por otro lado, dentro de la misma *Ley de Partidas*, tenemos a la Ley 32, Título XII, Partida Quinta: «*Otrosi dezimos, que si un ome pagasse debda verdadera, que otro ome deuiesse, que luego que la ha pagada, que finca el que la deuía, libre, e quito, maguer la pagasse sin su mandato. Pero aquel por quien es fecha esta paga, es tenudo de dar al otro, aquello que por el pago, también como si lo ouiesse pagado por su mandato*».

En el *Fuero Real*, debe hacerse referencia a la Ley 11, Título XX, Libro III: «*Pero si el deudor le defendio que no pagase, no sea tenudo de responderle por lo que pagó, pues que lo fizo contra su defendimiento*».

Por último, en la propia *Ley de Partidas*, tenemos también a la Ley 17, Título XXXIV, Partida Séptima.

Ya dentro de la República, el artículo 1222 del Código Civil de 1989 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre*, de 1836.

Sí es regulado el tema en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, artículo 830: «Una obligación puede satisfacerse por toda persona interesada, tal como el obligado. Un tercero que no tiene interés alguno puede satisfacerla, con tal que obre a nombre y en descargo del deudor, o si obra en su nombre propio, será subrogado en los derechos del acreedor»; en el Código Civil de 1852, por los artículos 2215: «Pago es el cumplimiento de la obligación, por el deudor o por otro en su nombre»; y 2216: «Puede también verificarse el pago por un tercero en su propio nombre, expresando que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no se sustituye al acreedor»; por el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2898: «Puede pagar el mismo deudor, un encargado suyo, o un tercero en su propio nombre, con tal que no se subrogue al acreedor»; por el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en su artículo 197: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore al deudor.— El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.— En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago»; y por el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 187: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore al deudor.— El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.— En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba el tema en su artículo 1226: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore al deudor.— El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.— En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago»; en tanto el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1235: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore al deudor.— El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.— En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en su artículo 86: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore al deudor.— El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.— En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 89: «Si el pacto o la naturaleza de la obligación no lo impidiera, podrá hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en su cumplimiento, sea con el asentimiento del deudor o sin él.— Quien pagara sin asentimiento del deudor, sólo podrá exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1243: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el

pacto o su naturaleza lo impidiera.— Quien pagara sin asentimiento del deudor, sólo podrá exigir la restitución de aquello en que le hubiera sido útil el pago»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1190: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.— Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago».

2. Análisis

Palacios Martínez[1021] señala que «La *fattispecie* (supuesto legal) recoge, o permite mejor dicho, lo que en la doctrina se ha llamado como el cumplimiento del tercero, permisión que, vale ya decirlo desde un primer momento, tiene como principal objetivo la satisfacción del interés del acreedor, el que, según la figura reseñada, puede ser conseguido aun sin la intervención directa ni indirecta del deudor, como sujeto constreñido a la ejecución de la prestación debida. La incorporación de este mecanismo, en otros términos, implica la admisibilidad de la ejecución de la prestación por obra de un sujeto distinto del deudor, ya sea dentro de los límites contextual y específicamente delimitados por el legislador en la misma norma, o dentro de aquellos parámetros que puedan deducirse del entero sistema, reconociendo que la justificación de la figura encuentra sustento en una función solutoria que se manifiesta en la fase de actuación de las obligaciones».

Teniendo esto claro, a continuación el análisis del contenido del artículo bajo estudio.

2.1. Personas que pueden efectuar el pago

Es regla general del pago que éste pueda ser efectuado por cualquier persona. Así lo establece el artículo 1222 del Código Civil.

En consecuencia, de acuerdo con el texto transcrito, tenemos tres grupos de personas que podrían efectuar el pago.

2.1.1. El deudor

Vale decir, quien se encuentra obligado a ejecutar la prestación, en virtud de su voluntad unilateral, del contrato o de la ley.

Según opina Manuel Albaladejo[1022], en principio debe pagar el deudor, por sí o ejecutando la prestación mediante otra persona (que obre en su nombre

1021 Palacios Martínez, Eric. «Pago realizado por tercera persona». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 462.

1022 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 136 y 137.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

—representante— o simplemente por su cuenta —el operario del contratista realiza el trabajo que éste prometió—); pero puede pagar un tercero cualquiera, habiéndose de realizar exactamente la prestación debida, mas cuando se tuvo en cuenta la persona que habría de ejecutarla, sólo ella puede realizarla.

Albaladejo cita, como ejemplo, el que se hubiera contratado con un pintor famoso que nos hiciera un retrato, entonces dicho artista no puede mandar a un tercero para que lo pinte. En este caso, ha de pagar el deudor en persona; pero, en otros casos, el acto personalísimo no es del deudor, como por ejemplo, el espectador que saca una entrada para oír a un cantante famoso, contrata con la empresa, que una es la deudora frente a él, y que ha de ofrecerle precisamente la actuación de ese cantante; pero lo personalísimo es esa actuación, la prestación del deudor —consistente en proporcionarla—, que puede realizarla cualquiera, aunque no sea la empresa teatral.

2.1.2. Un tercero que tenga interés directo en el cumplimiento de la prestación

En estos casos el tercero podría estar actuando en nombre propio o en nombre del deudor.

Con relación al tema de los terceros interesados, Luis María Boffi Boggero[1023] opina que ofrece dificultad en la doctrina el precisar qué es un tercero interesado.

Estima Boffi Boggero que lo es quien tiene un interés lícito en el cumplimiento de la obligación, sea éste autorizado por el deudor o no, pues con ello impide: o que le alcancen las acciones originadas en la situación contraria o, cuando no, que sólo afecten a la situación del deudor o acreedor, fuere en la faz ética o material. En cuanto al tercero no interesado, su concepto surge por exclusión de aquél del tercero interesado.

Agrega el citado tratadista que tampoco se han expresado con claridad los fundamentos en virtud de los cuales un tercero interesado puede pagar, pues una doctrina lo funda en el beneficio del deudor, que de ese modo queda liberado frente al acreedor; otra dice que el interés radica en lo que se paga y no en la persona que lo hace; otra pone énfasis en la conveniencia de ese tercero; mientras que para otra, aun, la razón se encontraría en el interés social de que las obligaciones se cumplan. Boffi Boggero, en criterio que compartimos, piensa que la ley se ha fundado en múltiples razones afines: interés del acreedor en recibir su prestación; interés del tercero en no ser perjudicado por la ausencia de pago, o en que no se perjudique al deudor o acreedor; interés del deudor en liberarse frente al acreedor, todo lo cual constituye la armonía de la vida obligacional, ya que ésta presupone normalmente un desarrollo que culmina con el cumplimiento, no siendo necesario, por consiguiente, apelar al interés social o al «abuso del derecho», conceptos

1023 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 37 y ss.

que no siempre aparecen con nitidez, y solamente se les debe utilizar en situaciones que no hallan más concreta explicación.

A juicio de Llambías[1024], al no definir ni aclarar los códigos civiles la noción de tercero interesado, este cometido ha quedado a cargo de la doctrina de los autores, que han formulado distintos criterios.

Refiere Llambías que antiguamente se decía que tercero interesado en el cumplimiento de la deuda era quien no siendo deudor podía ser requerido por el acreedor para el pago, situación en la que se encontraban el fiador y el tercero poseedor de un inmueble hipotecado. Este concepto, restringido, no convence, porque encierra una contradicción interna: si no es deudor ese titulado tercero, no se ve cómo puede tener contra él una pretensión de cobro el acreedor, pues sería admitir un crédito sin deuda correlativa, lo que es un absurdo jurídico. Acá la confusión reside —según Llambías—, en que se denomina «tercero» a quien es deudor, como el fiador, que es un deudor subsidiario o condicional —supeditado al hecho futuro e incierto de que no pague el deudor principal—, pero deudor al fin. Y en cuanto al poseedor del inmueble, que no es deudor si no ha asumido la deuda hipotecaria, tampoco tiene el acreedor acción de cobro contra él: lo que tiene es el *ius persequendi*, como titular del derecho real de hipoteca, que lo faculta *erga omnes* a perseguir el inmueble en manos de cualquier tercero, para ejecutarlo y cobrarse con el producto de dicho inmueble.

Recuerda que para Lafaille, «terceros interesados son aquéllos que obtienen algún beneficio lícito como consecuencia del pago»; siendo ésta, a entender de Llambías, una noción que resulta excesivamente vaga, al poner el acento en el «beneficio lícito», que puede ser de cualquier índole, directo o indirecto, patrimonial o moral, etcétera, y no en la «lesión» de un derecho por falta de pago, como corresponde.

Nosotros compartimos el criterio de Llambías, quien piensa que es tercero interesado quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda. En esta definición hay dos notas características: (1) la calidad de tercero, o sea, de persona ajena a la relación jurídica pendiente entre acreedor y deudor; (2) la contingencia del perjuicio propio a causa de la falta de cumplimiento de una deuda ajena[1025].

1024 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 123 y ss.

1025 A decir del citado tratadista, de lo expuesto podría deducirse que constituyen ejemplos de terceros interesados los que se mencionan a continuación:
1. Tercero poseedor de inmueble hipotecado
Es típicamente un tercero interesado. No es deudor, según se ha visto, pero puede perder la posesión de la cosa si no se paga el crédito al acreedor, quien entonces puede hacer efectiva su garantía, ejecutando el inmueble.
2. Garante real
Es quien ha constituido una prenda o hipoteca sobre un bien propio en seguridad de una deuda ajena. Se encuentra en la misma situación del anterior tercero.

Adicionalmente, es pertinente señalar que, en el pago realizado por tercera persona, no es necesario acreditar la titularidad del dinero con el que se pagó la deuda para pretender la restitución del monto útil al deudor. Así lo desarrolla la Casación n.º 1817-2001-Lima, de fecha 7 de diciembre de 2001, la cual señala que, «*Cuarto.* En el presente proceso lo que se discute no es a quién corresponde la titularidad del dinero entregado, como lo afirma la Sala de mérito, sino, la existencia

3. Adquirente de un bien que fuera donado con cargo
Se sabe que el cargo es una obligación accesoria anexa a la adquisición de un derecho. Ahora bien, si la enajenación es gratuita, el incumplimiento del cargo puede originar la revocación de la donación y la consiguiente aniquilación de los derechos constituidos por el donatario sobre la cosa donada. De ahí que el sucesor particular de ese donatario, que no es deudor del cargo, tenga interés en cumplirlo, para evitar la pérdida de su dominio actual sobre el bien recibido. Igualmente, un acreedor del donatario está interesado en mantener el bien en el patrimonio de su deudor, para cobrarse con él, lo cual puede serle útil si la erogación correspondiente al cargo es menor al valor del bien donado.
4. Otro acreedor del mismo deudor
Señala Llambías que la ley acuerda subrogación legal a un acreedor que paga a otro acreedor que le es preferente. Como de ese modo preserva la subsistencia en el patrimonio del deudor de un bien expuesto a la ejecución de otro acreedor intemperante, no es dudoso que se trata de un tercero interesado, cualquiera sea la calidad de su propio crédito, quirografario o privilegiado.
5. Delegado para el pago de la deuda
Es —según Llambías— el que ha convenido con el deudor encargarse del pago, en lugar suyo. Como el acreedor es ajeno a ese convenio, no lo afecta y mantiene intacta su acción de cobro contra el deudor. Por ello, el delegado de la deuda es un tercero, que sin embargo puede ser obligado a satisfacer los daños y perjuicios del deudor, si no cumple el compromiso asumido con éste de pagar su deuda. De ahí que sea un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, para eximirse de la responsabilidad que podría alcanzarle frente al deudor.
6. Otros supuestos
Precisa Llambías que al enunciar Segovia quiénes son terceros interesados en deducir la nulidad absoluta de un acto jurídico, para lo cual los autoriza la ley, menciona —fuera de los ya nombrados—, entre otros, al poseedor o coposeedor, al condómino, al socio, al cónyuge, al legatario o colegatario, y al garante real de la cláusula penal. Todos ellos son también terceros interesados en el cumplimiento de una obligación ajena, si a falta de ello pueden sufrir perjuicio.
7. El fiador
Llambías sostiene que el fiador no es un tercero, porque considera que el fiador es frente al acreedor un deudor condicional, subordinado al hecho de que no pague espontáneamente el deudor. Considera que tampoco lo son los codeudores solidarios o indivisibles, porque ellos al satisfacer la totalidad de la prestación debida se limitan a actuar conforme a la exigencia de conducta que les impone la obligación solidaria o indivisible. Distinto es el caso de los deudores de una obligación divisible, quienes están precisados a solventar sólo la parte que les corresponde y actúan como terceros con respecto al pago en exceso de su cuota.
Podría sostenerse que un fiador solidario que estuviese garantizando el cumplimiento de la prestación de un determinado deudor sí sería un tercero interesado. Si el deudor no pudiese cumplir o hubiese ya incumplido con la ejecución de la prestación debida, su fiador tendrá interés directo en la ejecución de la prestación (en razón de todos los efectos severos que implica la solidaridad pasiva); por tal razón, a dicho fiador le convendrá ejecutar la prestación debida por el deudor y luego subrogarse contra este último a efectos de que le restituya aquello que pagó.
Sin embargo, por nuestra parte debemos manifestar que existen dudas legítimas respecto a si un fiador pudiese ser considerado como un «tercero interesado», ya que el fiador es un obligado, y si es solidario, el acreedor puede actuar directamente contra él, sin el beneficio de la excusión de los bienes del deudor.
Otros supuestos de terceros interesados serían los casos de aquél que adquiere una cosa con cargo, el que posee una cosa gravada anteriormente, etcétera.

de un pago efectuado por tercera persona en sustitución del deudor, lo que ha motivado la pretensión restitutoria planteada. *Sexto.* El artículo 1222° del Código Civil señala que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan; añadiendo en su segundo párrafo que quien paga sin el asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago. *Séptimo.* Habiendo quedado acreditado en autos que los recibos fueron otorgados por la vendedora a la demandante, mediante los cuales se acredita que esta pagó, por los deudores, el saldo del precio de venta del inmueble antes señalado, los mismos que han sido debidamente reconocidos por su otorgante, entonces es claro que resultaba de puntual pertinencia la aplicación de la norma contenida en el artículo 1222° del Código Civil, que regula lo concerniente al pago realizado por tercera persona, norma que ha sido inaplicada por la Sala Civil Superior, siendo procedente amparar la demanda incoada para efectos que los demandados cumplan con devolver la suma que pagó la demandante».[1026]

2.1.3. Un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que carezca de interés

A decir de Wayar[1027], hay acuerdo en que el concepto de tercero no interesado se obtiene por exclusión, siendo tal quien no es parte ni tercero interesado. A diferencia del interesado, al no interesado el pago de la obligación debe serle patrimonialmente irrelevante. Si ese pago lo beneficiara o perjudicara, es decir, si tuviera alguna influencia sobre su patrimonio, él pertenecería a la categoría de tercero interesado; para ser «no interesado» hay que hallarse fuera del alcance de los efectos jurídicos de la obligación.

Por nuestra parte, manifestamos que el interés indirecto es entendido como aquél que no tiene relevancia para el Derecho, pero puede tenerla en razón de consideraciones extrajurídicas. Definitivamente, al tercero, que tiene solamente un interés indirecto, no le ocasionará ningún perjuicio patrimonial el incumplimiento de la obligación por el deudor; pero, sin embargo, en razón de otras consideraciones, pagará en su nombre.

Éste podría ser el caso de un padre que ante la desesperación de su hijo por no poder pagar una obligación dineraria que se había comprometido a ejecutar, y cuyo incumplimiento ocasionará al deudor la pérdida (a través de la ejecución de una hipoteca) de la casa de su familia, lo pague, evitando de esta forma las consecuencias gravosas que se producirían de no efectuarse el pago debido por su hijo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1026 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 914. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1027 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 314 y 315.

Consideramos también que el pago lo puede hacer un tercero sin interés directo ni indirecto. Reconocemos que ello será improbable que ocurra, pero la ley así lo permite.

En esa línea, es pertinente señalar que la jurisprudencia nacional ha determinado mediante Casación n.º 395-2002-Arequipa, de fecha 25 de abril de 2003, que no es posible ignorar los pagos hechos aun cuando no se determine quién los haya efectuado, «*Tercero.* El recurrente alega haber cancelado más del 95 % del total de los pagarés puestos a cobro tal como aparece del informe y de los estados de cuenta que ofreció como prueba, por lo que no es posible ignorar los pagos hechos aun cuando no se determine quién los haya pagado en virtud de lo dispuesto por el artículo 1222 del Código Civil. *Quinto.* Siendo así y en estricta aplicación del artículo 1222 del Código Civil, el colegiado debió tomar en cuenta todos los pagos realizados que aparecen en el informe, y cotejar minuciosamente tal documental con los estados de cuenta y los títulos de ejecución para así determinar la existencia de una correspondiente lógica entre los documentos, de modo que satisfagan los requisitos para la procedencia de la ejecución y que determine que la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible».[1028]

Podría tratarse del caso de una persona que quiere evitar el remate de la casa-habitación de un amigo suyo. Aquí podríamos hablar de un interés indirecto muy relativo, y bastante distinto, por cierto, al caso del padre con el que ilustramos el supuesto anterior.

Pero también podría tratarse de una persona que carezca de interés y que pague —supuesto poco probable, pero no imposible— y en este caso el pago sería válido.

En este tercer supuesto, quien paga podrá actuar o en nombre propio o en nombre del deudor.

En cualquiera de los tres supuestos mencionados se considerará que el pago efectuado es válido, y en ninguna de las dos últimas hipótesis el deudor incumpliente podrá oponerse al pago efectuado por cualquiera de los terceros mencionados, tengan o no interés directo o indirecto en la ejecución de la prestación.

Afirma Busso[1029] que la liquidación de la relación entre acreedor y deudor no impide que el pago al mismo tiempo dé lugar al nacimiento de nuevas relaciones con otros sujetos, e inclusive a que sobrevivan en ellas los elementos objetivos del crédito liquidado. Es lo que ocurre en los casos de pago a un acreedor aparente (en los que se crea una relación entre ese acreedor y el acreedor verdadero) o en los supuestos de pago hecho por un tercero con subrogación (se inviste ese tercero del crédito del primitivo acreedor). Pero aun en estos casos el pago cumple su función extintiva: las nuevas relaciones que nacen, aun cuando en ellas subsistan

1028 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 914. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1029 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo v, p. 291.

elementos objetivos que integraban la relación anterior (como en la subrogación), son distintas de esas relaciones anteriores que han quedado liquidadas, pudiendo el deudor quedar obligado hacia el acreedor subrogado, pero su relación con el acreedor primitivo habrá desaparecido.

Agrega el citado profesor que por principio no es necesario ser deudor ni estar interesado en la obligación para tener el poder jurídico de extinguirla. Los terceros tienen un verdadero derecho a pagar, aunque no tengan la obligación de pagar.

Señala Busso que, siendo la obligación un vínculo entre acreedor y deudor, parece a primera vista poco lógico que la ley permita a un tercero inmiscuirse en esa relación por la vía del pago. Para aclarar esa aparente anomalía se han dado diversas explicaciones.

La obligación —se dice, según Busso—, debe ser considerada primordialmente en su objeto, siendo en cierto modo secundaria la individualidad de los sujetos. Esta concepción moderna ha venido a sustituir la tesis romana del vínculo personalísimo y se ajusta más a la realidad, pues en la mayoría de los casos al acreedor le es indiferente la persona de quien le paga: lo que le importa es que se le pague.

Se añade otro argumento: la ley permite el pago del tercero para favorecer a los deudores, con relación a los cuales el vínculo representa una traba o restricción. Pero este argumento no es satisfactorio, pues no explica cómo en ciertos casos la ley llega a permitir que el tercero pague contra la voluntad del deudor. Si sólo se tratara del beneficio de este último, no cabría imponerle la recepción de la ventaja aun contra su voluntad.

Expresa Busso que, en realidad, la ley protege directamente el interés del tercero y la necesidad de esa protección puede considerarse perfectamente fundada. En efecto, una persona puede tener legítimo interés en proteger el patrimonio de su deudor, porque en esa forma protege los bienes que son garantía de sus propios derechos. En tal forma, a un acreedor determinado puede convenirle pagar —como tercero— obligaciones que su deudor tenga con relación a otros acreedores, para evitar que la ejecución de estos últimos implique un perjuicio al patrimonio que es garantía común de todos. A dicho acreedor, que es un tercero con relación a las obligaciones que paga, la ley le da esa arma que podrá usar aun en contra de la voluntad del propio deudor.

Anota que es de regla que un acreedor puede ejercer todos los derechos de su deudor con excepción de los que sean inherentes a la persona, de modo tal que el acreedor que paga por cuenta de su deudor, ejerce el derecho «a obtener liberación» que compete a ese deudor.

Por último, sostiene Busso que de lo dicho surge que el derecho a pagar que se reconoce a los terceros puede ser en favor de ellos una defensa práctica para la mejor salvaguarda de sus propios derechos; pero, sin embargo, señala que algunos autores, entre los que menciona a Segovia, encarando las cosas bajo otro aspecto,

ESTUDIO PARIO CINTO FIBAR

encuentran que el derecho de los terceros a pagar constituye una interferencia poco justificada, que puede dar lugar a engorrosas situaciones.

Justamente sobre la última objeción aducida por Busso, Salvat[1030] expresa que podría decirse que al acordarles este derecho, la ley permite a los terceros no interesados intervenir en asuntos ajenos. Pero el legislador ha tenido en cuenta dos circunstancias, que parecen más decisivas que esa otra consideración: (1) que en la mayor parte de los casos es indiferente para el acreedor que el pago sea hecho por el mismo deudor o por un tercero; (2) que frecuentemente el deudor tiene interés en que el pago sea efectuado por un tercero.

Agrega Salvat que el concepto de tercero no interesado no significa que aquel que cumple la deuda de otro no tenga realmente ninguna clase de interés en hacer el pago. De ser así, es muy difícil que algún tercero pagara. Salvat se refiere a la falta de interés vinculado directamente con la obligación que cumple.

Señala Lafaille[1031], por su parte, que a medida que alcanzó a predominar la prestación respecto del vínculo, admitióse la posibilidad de que alguien, absolutamente desinteresado en la formación de aquél, pudiera cumplir lo convenido o lo impuesto por la ley.

Anota que pueden presentarse en torno de este problema, cinco situaciones distintas, a saber: (a) que este pago sea con noticia del obligado; (b) que dicha persona lo ignore; (c) que se proceda contra su voluntad; (d) que el acreedor no estuviere conforme; (e) que ambas partes lo rehusaren.

Con relación al pago conocido por el deudor, el pagador actúa como un mandatario, calidad que le habría sido conferida de una manera tácita en casi todos los supuestos.

En lo referente al pago que ignora el obligado, considera que en tal caso no existiría mandato y sí, a lo sumo, gestión de negocios.

En lo relativo al pago contra la voluntad del deudor, Lafaille indica que esta situación es mucho más grave, pues no podría siquiera plantearse dentro de un régimen estricto basado en la personalidad del vínculo y, a primera vista, se diría que tal resistencia se presenta como legítima en más de un supuesto. Con todo —dice—, no sería justo que el obligado lograse de esta manera un enriquecimiento, y dicha consideración primó desde muy antiguo. De esta suerte, y limitado el derecho del pagador, queda excluida la posibilidad de que su injerencia responda al propósito de obtener un lucro personal. A dichas razones cree Lafaille que cabe añadir otras de interés común: el beneficio colectivo de extinguir las deudas y facilitar la circulación de los valores.

1030 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 200 y ss.

1031 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 302 y ss.

Ahora bien, al tratar del pago efectuado no obstante la negativa del acreedor, señala que la conformidad del titular de la obligación es, en principio, superflua, pues la ley le impone el deber de admitir esta intromisión, con su efecto extintivo, cuando ordena que el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor.

Pero considera Lafaille que caben excepciones, pues si en las obligaciones de dar la persona del pagador carece corrientemente de importancia, puede sostenerse que en las de hacer el principio se invierte: si la obligación fuere de hacer, el acreedor no está obligado a recibir el pago por la prestación del hecho o servicio de un tercero, si hubiese interés en que sea ejecutado por el mismo deudor, pues con esta norma la prueba incumbe al acreedor, quien debe justificar el motivo de su oposición y el consiguiente interés jurídico. En cuanto a si el precepto se extiende a otras prestaciones, se inclina a sostenerlo, sin que la letra de la ley se oponga a ello, pues no debe juzgársela como excluyente, revistiendo un carácter ejemplificativo.

Y, por último, en lo relativo al pago verificado a pesar de ambas partes, Lafaille opina que si los dos interesados en la obligación estuviesen de acuerdo para rehusar el pago, nada determina el Código —se refiere al argentino de 1871—, pero es justo impedir entonces que un extraño lo verifique. No habría en tal hipótesis argumento alguno para una intromisión semejante, que sería del todo arbitraria. Sin perjuicio de los motivos legítimos que pudieran fundar la actitud de las partes, ellas estarían siempre facultadas para celebrar convenciones liberatorias o que modificasen la obligación, o bien sería lícito al titular del crédito conceder esperas o facilidades para extinguirla.

El pago por parte de un tercero no interesado ha dado lugar a interpretaciones muy variadas en la doctrina de nuestra tradición jurídica.

Consideramos que el tema del pago por un tercero debe ser abordado distinguiendo entre si el pago es hecho por un tercero interesado o si el pago es efectuado por un tercero no interesado. Y en ambos supuestos resulta necesario analizar si el pago ha sido hecho con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor, con asentimiento del deudor y negativa del acreedor, con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor, con asentimiento del acreedor y negativa del deudor, con desconocimiento del acreedor y del deudor y, por último, contra la voluntad del acreedor y del deudor.

En adelante, nuestro análisis.

2.1.3.1. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor

Consideramos que el pago que se efectúe en estas circunstancias sería un pago válido, en la medida en que no se trate de una obligación *intuitu personae*, sea que ello derive del pacto o de su naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASALIS DE PINE

Resulta necesario aclarar, sin embargo, que para que el pago se produzca con desconocimiento del acreedor, deberá ser un pago que, para su verificación, no requiera del concurso de éste.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

2.1.3.2. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y con la negativa del acreedor

Al tratarse de un tercero interesado, y no siendo una obligación *intuitu personae* —supuesto implícito en todo nuestro análisis—, entendemos que la negativa del acreedor debería desestimarse por cuanto el tercero tendrá derecho a liberarse efectuando el pago en resguardo de sus intereses.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

2.1.3.3. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor

En la medida en que se trate de un tercero interesado y el acreedor consiente en que se efectúe el pago, será irrelevante que el deudor lo conozca o desconozca.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

2.1.3.4. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor

Para este supuesto optamos por la misma solución reseñada en la hipótesis precedente.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

2.1.3.5. Pago efectuado por un tercero interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor

En la medida en que la ley resguarda las expectativas del tercero, y en tanto que no se requiera de la participación del acreedor para verificar el pago, éste revestirá plena validez.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.3.6. Pago efectuado por un tercero interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor

A nuestro parecer, y siempre teniendo en consideración la tutela que el Derecho otorga al tercero interesado, consideramos que sería irrelevante la negativa del acreedor y del deudor para la verificación de dicho pago; salvo, naturalmente, que el pago perjudique los intereses del acreedor.

En la medida en que el acreedor requiera prestar su concurso para la realización del pago y no lo preste por no estar de acuerdo con éste, dicha oposición deberá desestimarse judicialmente.

Se trataría de un caso de pago con subrogación legal o de pleno derecho (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).

2.1.3.7. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor

En tanto dicho pago sea factible sin el concurso del acreedor, deberá considerarse como un pago válido, en la medida en que de acuerdo a lo establecido por el artículo 1222 del Código Civil peruano, puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación.

Esto, salvo que haya convenio subrogatorio, caso en el cual estaríamos en un caso de pago con subrogación convencional (artículo 1261, inciso 2).

2.1.3.8. Pago efectuado por un tercero no interesado con el asentimiento del deudor y la negativa del acreedor

Sobre la base de las consideraciones aducidas en el punto anterior, en este caso el pago también sería válido, debiendo desestimarse la negativa del acreedor; salvo que el pago perjudique sus intereses. Si hubiese un convenio subrogatorio, se trataría de un pago con subrogación convencional (artículo 1261, inciso 2).

2.1.3.9. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor

Se trataría de un pago válido.

2.1.3.10. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor

En este caso, al igual que en los tres supuestos precedentes, el pago tendrá validez. Por lo demás, éste es el supuesto típico de pago válido efectuado por un tercero contemplado en el primer párrafo del artículo 1222 del Código Civil peruano.

Si hubiese acuerdo subrogatorio, estaríamos frente a un caso de pago con subrogación convencional (artículo 1261, inciso 1 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.3.11. Pago efectuado por un tercero no interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor

Consideramos que en este supuesto el pago sería válido en la medida en que no se requiera de la intervención del acreedor para su cumplimiento. El fundamento jurídico de nuestra afirmación está constituido por el texto del artículo 1222 del Código Civil.

2.1.3.12. Pago efectuado por un tercero no interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor

Como habrá podido apreciar el lector, en los once supuestos que anteceden, hemos dado como respuesta la afirmativa, vale decir, que en todos ellos consideramos como válidamente efectuado el pago por un tercero interesado o no interesado.

La excepción estaría dada por la hipótesis bajo análisis, la que, a nuestro entender, es la única en la que el tercero —al ser uno que carece de interés jurídicamente relevante— no tendría derecho a pagar.

Al existir una negativa conjunta del acreedor y del deudor, el Derecho debe respetar la voluntad de ambos para dejar subsistente la relación obligatoria que incluso ellos podrían extinguir por un medio distinto al pago en estricto. En tal orden de ideas, las partes podrían extinguir la obligación a través de una dación en pago, de una novación en sus formas objetiva y subjetiva, compensando obligaciones recíprocas, a través de la condonación de la deuda, utilizando la obligación como punto de acuerdo para una transacción o, por último, acordando el no cumplimiento de ésta y de otras obligaciones por mutuo disenso.

Finalmente, sobre la aceptación del pago, la jurisprudencia nacional ha precisado mediante Casación n.º 859-2012-Huánuco, de fecha 22 de octubre de 2013, que la aceptación del pago por parte del deudor puede ser expresa o tácita, produciéndose consecuencias distintas según sea el caso. «*Décimo segundo*. La Sala Superior determinó que al tratarse de la existencia de deudas, quienes pagan las mismas o parte de ellas con o sin conocimiento de los deudores adquieren el derecho de reclamar el reembolso, salvo que el pago del crédito se efectúe con oposición formal y expresa del deudor, si el deudor admite el pago expresa o tácitamente asume por su parte la obligación de reembolso, en el caso que la aceptación sea expresa está obligado al cumplimiento de acuerdo a las condiciones pactadas; en el caso de que la aceptación sea tácita se halla obligado a reembolsar lo pagado siempre que ello haya sido útil al deudor, este viene a ser el sentido de lo establecido en el artículo 1222° del Código Civil que dispone "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", el mismo que se reitera fue aplicado de forma correcta por la Sala Superior».[1032]

1032 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 913. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.1.4. Supuestos de excepción

Por otra parte, debemos precisar que el Código Civil peruano establece algunos supuestos de excepción para que el deudor se oponga a la ejecución de la prestación por parte del tercero. Éstos son:

2.1.4.1. Si el contrato lo impide

Naturalmente, si se hubiese pactado la no ejecución de la prestación por un tercero, el acreedor tendría el derecho de oponerse al pago, debido a que éste sería un pago indebido o estaría recibiendo un pago que generaría un enriquecimiento sin causa. De aceptarse el pago por el acreedor, éste no tendría efecto liberatorio para el deudor, quien seguiría debiendo la prestación estipulada, salvo que tal pago fuera también admitido por el deudor, en cuyo caso las partes estarían revocando el acuerdo de no ejecución de la prestación por un tercero.

2.1.4.2. Si la naturaleza de la obligación lo impide

Éste es el supuesto de las típicas prestaciones *intuitu personae*, vale decir, de aquéllas cuyo cumplimiento sólo puede ser efectuado por la persona del deudor sobre la base de la naturaleza de la prestación. Resulta evidente que en estos supuestos el acreedor podrá oponerse a la ejecución de ella por un tercero.

Precisamos, por nuestra parte, que el deudor no podría oponerse al pago sino por los dos motivos previstos en los puntos 2.1.4.1 y 2.1.4.2. que anteceden. En cualquier otro supuesto, la oposición deberá tenerse por no planteada o desestimarse, ya que ella sería improcedente.

Cabe señalar, además, que el asentimiento del deudor puede ser expreso o tácito. Será expreso en la medida en que así lo manifieste de manera precisa y clara. Será tácito, en cambio, si es que con su conducta demuestra que, conociendo de la voluntad del tercero de pagar, no se opuso o manifestó ser contrario a dicha pretensión.

Debemos referirnos, adicionalmente, a los alcances de las expresiones finales del segundo párrafo del artículo 1222, cuando hacen referencia a que quien paga sin asentimiento del deudor «sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago».

Entendemos que la alusión a «aquello en que le hubiese sido útil el pago» puede confundir conceptos. Podría interpretarse que dicha frase se refiere a aquello en que hubiese sido útil el pago para quien pagó, pero ello carecería de sentido, pues podría tratarse del supuesto en el cual el pago lo haga una persona que no tenga interés alguno en la obligación. Por otra parte, también podría pensarse que se está aludiendo a aquello en que el pago hubiese sido útil al deudor. Este concepto sí tendría sentido en algunos casos, mas no en todos, ya que parece evidente que si un tercero paga la deuda del deudor, dicho pago, como regla general, le habrá

LEGIS.PE
ARTEMIO MARIO CASTILLO FREYRE

sido útil íntegramente, pues lo habrá liberado de su anterior obligación (independientemente de si ese tercero que pagó pueda subrogarse o no ante el mencionado deudor). Los supuestos en que sí tendría sentido cabal esta segunda interpretación serían aquéllos en que el tercero pague y la obligación del deudor ya hubiese prescrito —y, por ende, ya no le fuera exigible—, o que la obligación fuese objeto de alguna controversia sobre su cuantía —por citar otro caso—.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aptitud legal para efectuar el pago

Artículo 1223.- Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.

Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1223

Dentro de la legislación colonial, tenemos a la *Ley de las Siete Partidas* y a la *Novísima Recopilación*, que prohibían a las mujeres y a los menores e incapaces, otorgar, en general, toda clase de actos y contratos.

El artículo 1223 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El tema es regulado por primera vez en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, artículo 832: «Para pagar válidamente, es menester ser propietario de la cosa que se paga, y poder enajenarla; sin embargo, el pago de una suma de dinero, o de otra cualquier cosa consumible por el uso, no puede repetirse contra el acreedor que la ha consumido de buena fe, aunque el pago se haya hecho por quien no era dueño, ni podía enajenar la cosa»; seguido por el Código Civil de 1852, en sus artículos 2218: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo»; y 2219: «Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles, de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que ha consumido; salvo los derechos del dueño y del acreedor para exigir del deudor el reintegro de lo que a cada uno le falte, con los intereses y la reparación de daños».

Posteriormente, el tema fue abordado por el Proyecto de Código Civil de 1890 en sus artículos 2904: «Para extinguir válidamente la obligación de dar, es necesario que el obligado sea dueño de la cosa que da en pago, y hábil para enajenarla; pero puede darse en pago cosa ajena, si el dueño lo consiente expresamente»; y 2905: «Si la cosa dada en pago es consumible, y el acreedor que la ha consumido la recibió de buena fe, es válido el pago, aunque haya sido hecho por el que no fue el dueño de la cosa pagada, o no tuvo facultad de enajenar.— Si el acreedor sólo ha consumido una parte de la cosa, queda extinguida la obligación en esa parte; pero tiene obligación de devolver lo que no ha consumido.— En ambos casos quedan a salvo el derecho del deudor de la cosa dada en pago, y el del acreedor, para repetir del deudor lo que a cada uno le falte, y las costas, los daños y perjuicios».

CARLOS ALBERTO CASTILLO FREYRE

El Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató el tema en los artículos 200: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo»; y 201: «Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles, de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que ha consumido»; en tanto que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en los artículos 190: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo»; y 191: «Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles, de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que ha consumido. Esta obligación de devolver no tiene lugar tratándose de pagos efectuados en dinero»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en los artículos 1227: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo»; y 1228: «Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido»; y el Código Civil de 1936, en los artículos 1236: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo»; y 1237: «Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso, o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema en el artículo 87: «Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo.— Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso, o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 90: «Paga válidamente quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.— Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1244: «Paga válidamente quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.— Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1191: «Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.— Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado».

2. Análisis

En primer lugar, al prescribir el artículo 1223 del Código Civil que es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo, se está haciendo alusión,

sin lugar a dudas, a aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que será válido el pago de quienes no se encuentran comprendidos en los alcances de los artículos 43 y 44 de dicho Código, referentes a la incapacidad absoluta y a la incapacidad relativa, respectivamente.

El pago de cualquier persona no comprendida en esas normas se considerará como válidamente efectuado, salvo los casos en que el deudor, persona capaz, efectúe el pago con prestación que no le pertenece.

Ahora bien, en lo que respecta a la incapacidad, debemos precisar que no es éste el caso en que alguna persona absoluta o relativamente incapaz ejecute una prestación en nombre de una persona con capacidad de ejercicio. Se trata, en cambio, del supuesto en el cual sea precisamente el incapaz quien deba la prestación y él mismo la ejecute.

El lector se preguntará cuándo debería un incapaz una prestación, habida cuenta de que no tiene capacidad para obligarse. Sin embargo, como sí tiene capacidad de goce, podrá ser titular de derechos y obligaciones; pero, sin embargo, la ejecución de sus obligaciones y el resguardo de sus derechos, deberán ser ejercidos o efectuados no por el propio incapaz, sino por quien lo represente para el Derecho. En virtud del artículo 45 del propio Código Civil, los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. Será el caso de la patria potestad, si son los padres quienes la ejercen; de la tutela, si se tratase de un menor de edad a quien le faltasen padres que ejerciesen dicha representación; y de la curatela, si se tratase de mayores de edad incapaces que requieran de representación. Estas dos últimas (la tutela y la curatela) son las que se conocen como instituciones supletorias de amparo.

Ahora bien, ¿cómo podría un incapaz estar obligado a la ejecución de una prestación?

Nos planteamos el caso de un menor de edad (ocho años), hijo único, cuyos padres, adinerados, mueren intestados en un accidente. En consecuencia, dicho menor de edad se convertirá en el único heredero de sus padres, razón por la cual será él, y sólo él, el dueño de toda la masa hereditaria de ellos. Podría ocurrir que sus padres tuviesen una deuda dineraria, por ejemplo, frente a un tercero. En este caso, al ser ahora su único hijo el titular del patrimonio hereditario, también sería deudor único de dicha prestación. Pero el menor de edad no podría ejecutar por sí mismo la prestación debida, sino deberá cumplirla su representante legal, que para estos efectos será el tutor nombrado de acuerdo a las disposiciones legales vigentes (artículos 502 a 563 del Código Civil).

Asimismo, dicho menor de edad podrá ser titular de numerosas obligaciones cuyo cumplimiento le es impuesto por la ley. Es el caso de las obligaciones tributarias, por ejemplo, que deberá satisfacer al fisco; si el menor de edad hubiese heredado bienes inmuebles, estará sujeto al pago del impuesto predial, pero él mismo no pagará personalmente tal impuesto, sino su tutor.

GUIDO MANUEL CASTILLO PEYRE

También podría tratarse, en el mismo orden de ideas expuesto, del caso de una persona capaz que contrae una obligación y que luego se vuelve incapaz.

Por consiguiente, será inválido el pago de un incapaz para evitar que al no administrar personalmente su patrimonio se perjudique por acciones de esa naturaleza.

Sin embargo, el propio artículo 1223 establece un caso de excepción: si el acreedor hubiese recibido el pago de buena fe, y dicho pago consistiese en bienes que se consumen por el uso o dinero (el dinero es el bien consumible por excelencia), sólo quedará obligado a restituir lo que no hubiese consumido o gastado. Puede haber bienes que se consumen en forma relativamente rápida, pero no necesariamente con el primer uso. Y en este caso, al reclamarse, pueden ser perfectamente inútiles o, en la realidad de los hechos, estar destruidos por el transcurso del tiempo. Por otra parte, existen bienes que, con buen cuidado, poco o nada se consumen con el uso; por ejemplo, un cuadro. Y otros, en fin, que no se consumen por el uso; por ejemplo, un diamante.

Del referido precepto puede deducirse que si el acreedor de buena fe hubiese consumido o gastado la integridad o parte del objeto de la prestación recibida, no deberá devolver nada o, en el segundo caso, deberá devolver lo no consumido o no gastado.

También puede deducirse, esta vez *a contrario sensu*, que si se tratase de un acreedor de mala fe (entendiendo por mala fe la sapiencia de que quien pagaba no podía hacerlo), dicho acreedor deberá devolver la integridad de la prestación debida, pudiéndose dar los tres siguientes supuestos:

(a) Si el acreedor no hubiese consumido nada de lo recibido, deberá devolver los mismos bienes.

(b) Si el acreedor hubiese consumido sólo parte de lo recibido, deberá devolver lo no consumido y reponer con bienes iguales o en dinero aquello que hubiese consumido.

(c) Si el acreedor hubiese consumido la totalidad de los bienes recibidos, deberá reponer la integridad de éstos con bienes iguales o en dinero.

Lo señalado por nosotros en los puntos (b) y (c) generalmente no será difícil de ejecutar en lo que respecta a «bienes iguales», ya que es usual que los bienes consumibles de los que trata esta norma (el artículo 1223 del Código Civil), también sean fungibles (siendo ambas categorías, desde luego, conceptualmente diferentes).

Al tratar uno de los autores de este trabajo, en ocasión distinta, acerca del contrato de venta sobre bienes ajenos[1033], se dijo que en un contrato de venta de

1033 Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.*, pp. 181 y 182.

bien ajeno, en estricto, se entiende que se efectúa el pago de la prestación del vendedor cuando éste entrega el bien en propiedad al comprador.

Pero, requiere observarse lo dispuesto por el artículo 1222 del Código Civil peruano, en el sentido de que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan. En este sentido, será posible que se dé por satisfecho el cumplimiento de la obligación del vendedor con la transferencia de propiedad del bien materia del contrato, efectuada no por el vendedor, sino por el verdadero propietario del bien.

Sin embargo, no en todos los casos en que el dueño del bien transfiera por sí mismo la propiedad al comprador se entenderá satisfecha la obligación del vendedor. Dicha transferencia sólo surtirá los efectos del pago en caso de que el tercero la ejecute en consideración al contrato de venta de bien ajeno celebrado anteriormente y mediando una declaración expresa o un asentimiento tácito en el sentido de que al transferir la propiedad del bien al comprador, dicho tercero entienda estar realizando el pago de la obligación del vendedor del bien ajeno. Naturalmente, en este caso consideramos indispensable que el vendedor conozca que dicho pago corresponde al contrato primigenio. De lo contrario, esta nueva transferencia de propiedad se entenderá no relacionada al contrato de venta de bien ajeno y, por lo tanto, se le comprenderá dentro del entorno de la nueva relación obligacional de la que forme parte.

En este último supuesto, si bien el comprador habrá visto satisfecha su expectativa de adquirir o tener dentro de su patrimonio el bien materia del contrato de venta de bien ajeno, el vendedor de dicho contrato seguirá debiendo el bien que se obligó a transferir y será susceptible de abonar una indemnización de daños y perjuicios, cuando ella proceda. Además, naturalmente, de la posibilidad que tiene el comprador de demandar judicialmente la resolución del contrato, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1371 del Código Civil.

Ahora ubiquemos el supuesto de que dicho vendedor trate de cumplir con la obligación asumida, entregando él mismo un bien ajeno. Recordemos que el pago —de acuerdo al artículo 1220 del Código— se entiende efectuado sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. En el caso del contrato de venta de bien ajeno, si el vendedor trata de pagar con un bien que no le pertenece, habría que distinguir los siguientes supuestos:

2.1. Si se trata de un bien mueble no registrable (o registrable pero no registrado)

Aquí cabría dos posibilidades:

- Que el comprador actúe de buena fe, caso en el cual podría llegar a adquirir la propiedad del bien, de acuerdo a los artículos 948 y 1542 del propio Código.

- Que el comprador actúe de mala fe, caso en el cual no adquirirá la propiedad de dicho bien ajeno recibido.

2.2. Si se trata de un bien mueble registrado

Aquí también están comprendidos dos supuestos:

- Si el bien se encuentra registrado a nombre de su verdadero dueño (un tercero, ajeno a las partes del contrato), el comprador no adquirirá la propiedad del bien.
- Si el bien se encuentra registrado a nombre del vendedor (que en realidad no es el dueño del bien), el comprador adquirirá su propiedad, por haber actuado con buena fe.

2.3. Si se trata de un bien inmueble

Aquí cabría dos hipótesis:

- Si se trata de un bien inmueble no registrado, el comprador no adquirirá la propiedad, ya que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.
- Si el bien inmueble se encuentra registrado a nombre del verdadero propietario (tercero en el contrato de compraventa), el comprador no adquirirá la propiedad.
- Si el bien inmueble se encuentra registrado a nombre del vendedor (quien ya no es propietario de éste), el comprador adquirirá la propiedad.

En los demás contratos sobre bienes ajenos en los que una parte pague con otro bien cumpliendo una obligación que conllevaba el transferir su propiedad, deberemos aplicar —*mutatis mutandis*— las reglas del contrato de compraventa.

- Para el caso en que se trate de la ejecución de prestaciones que no conlleven la entrega con la finalidad de transmitir la propiedad del bien, si la parte a quien no le pertenece el bien lo entrega, puede pagar, si es que satisface el destino que estaba obligado a dar a dicho bien, por ejemplo un uso temporal por la otra parte, o la constitución del derecho de habitación, o un simple arrendamiento, etcétera.

Antes de concluir estos comentarios, mencionamos que a su antecedente inmediato en el Código Civil peruano de 1936, Manuel Augusto Olaechea le otorgaba un sentido limitado, al entender que la norma aludía —en cuanto a la capacidad—, al hecho de ser dueño del bien que se quería transferir. En adelante, las palabras de Olaechea[1034]:

1034 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo quinto, p. 179.

> Es, desde luego, necesario ser dueño de lo que se da en pago; pero si se trata de cosas muebles, debe tenerse presente que la posesión equivale al título, cuando no se trate de cosas robadas o perdidas.
>
> Según esto, no basta de un modo general poseer la capacidad jurídica para efectuar válidamente el pago, pues si se trata de realizar un pago que implica desplazamiento de propiedad, es indispensable ser dueño de la cosa que se da en pago.

Cabe mencionar, por último, que el artículo analizado tiene una excepción en el propio Código Civil de 1984: el artículo 1358, que establece que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria». Consideramos que esta norma constituye una excepción, porque en el supuesto contenido en el artículo transcrito no será necesario, para que el pago sea válido, que quien lo efectúe sea una persona con capacidad de ejercicio. Se requiere, simplemente, que no esté privado de discernimiento y que el pago tenga relación con las necesidades ordinarias de su vida diaria. El sentido de esta excepción es, fundamentalmente, reconocer como válidas situaciones que necesariamente se van a producir y que, de no existir el artículo 1358, deberían ser consideradas nulas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Personas a quienes se puede efectuar el pago

Artículo 1224.- Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.

1. Fuentes nacionales del artículo 1224

Dentro de la legislación colonial puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: «*Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recibir*».

El artículo 1224 del Código Civil 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 reguló el tema en el artículo 833: «El pago debe hacerse al acreedor o a su apoderado, o al que esté autorizado por el juez, o la ley. El pago hecho al que no tiene poder del acreedor, será válido, si éste lo ratifica, o se aprovecha de él»; en tanto el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2220: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; el Proyecto del Código Civil de 1890, en el artículo 2901: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o a la persona designada por la ley o por el juez, no extingue la obligación; a no ser que en estos dos últimos casos el acreedor lo ratifique, expresamente, o de un modo tácito, aprovechándose de él»; el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 202: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 192: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1229: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1238: «El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no

LIBRO DE LOS LOFREVAE

extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató el tema en el artículo 88: «El pago que no se haga al acreedor o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 91: «Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley, o por el propio acreedor, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1245: «Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley, o por el propio acreedor, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1192: «Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley, o por el propio acreedor, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él».

2. Análisis

2.1. Personas a quienes se puede efectuar el pago

El principio general que inspira esta materia es que el pago deberá efectuarse al acreedor de la obligación, vale decir, a quien realmente se debe la prestación en virtud de cualquiera de las fuentes de las obligaciones. El precepto contenido en el artículo 1224 del Código Civil es de meridiana evidencia. Sin embargo, creemos que las opiniones que anotamos a continuación ilustran con mayor erudición el tema.

Hugo Forno[1035] señala que «El artículo 1224 regula el fenómeno del destinatario del pago, es decir de la persona que está legitimada para recibir la prestación, o dicho de otro modo, de la persona que tiene la idoneidad legal para recibir la prestación con efecto liberatorio para el deudor. Obsérvese que la norma habla de pago que se "efectúe" y de pago "hecho", revelando así que se trata de una hipótesis en la que el tipo de prestación en que la obligación consiste supone una entrega y una recepción materiales. Por lo tanto, no se trata de una norma de carácter general aplicable a todo tipo de pago; están excluidos todos los casos en los que no existe una entrega material de una cosa o de un resultado, como ocurre normalmente, por ejemplo, con las prestaciones negativas o cuando se trata de ciertas prestaciones de hacer que, no concluyendo en un dar, no tienen un destinatario material».

1035 Forno Flórez, Hugo. «Aptitud legal para recibir el pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 474.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A su turno, dice Giorgi[1036] que quien paga mal, paga dos veces, por lo que considera importantísima la teoría que enseña a quién debe ser hecho el pago. En tal sentido, se paga bien al acreedor capaz de recibir o a quien le represente en debida regla, pero, por excepción, el pago resulta a veces válido por el concurso de circunstancias sobrevenidas aun cuando haya sido hecho al acreedor incapaz o a quien no le representaba. Esas son las tres proposiciones generales en que se compendia toda la teoría.

Manuel Augusto Olaechea[1037] señalaba a este respecto, comentando el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, que: «El acreedor que recibe el pago debe ser capaz de administrar sus bienes, porque el pago es un modo de extinguir obligaciones, con la única limitación a que se refiere el artículo 204 del presente Anteproyecto, que es la reproducción literal del artículo 2222 del Código Civil (se refería al Código Civil de 1852) y cuyo fundamento se percibe sin dificultad».

Por su parte, José León Barandiarán[1038] expresa que «No requiere fundamentación el hecho de que el pago debe hacerse al acreedor. En su defecto ha de hacerse a la persona que lo represente. Al decir la ley que el pago, para que sea válido, ha de hacerse al acreedor, comprende tanto al acreedor originario como a sus sucesores, o a un cesionario del crédito».

Dentro de la doctrina europea, Huc[1039] señala que el deudor que quiere liberarse debe estar atento para verificar si aquel a quien ofreció el pago es su acreedor o el representante válidamente constituido de su acreedor, o que está en posesión del crédito. Debe verificar incluso si éste es capaz de recibir, pues si este último no era capaz, la ley teme que malgaste la cantidad recibida, sin ningún beneficio para él, de tal modo que habría enajenado su crédito sin obtener en realidad las ventajas que éste le debía dar.

Agrega el ilustre exégeta francés que como consecuencia de ello, el pago hecho al acreedor no es válido si era incapaz para recibirlo, a menos que pruebe el deudor que la cosa pagada ha redundado en provecho del acreedor; razón por la cual es suficiente con que el deudor establezca que el acreedor hizo uso del dinero que le pagó, dinero que era favorable para él cuando se hizo este uso. Poco importa que subsista aún el beneficio o ya no subsista en el momento de la demanda. En tal sentido, a decir de Huc, la condición del deudor que acaba de pagar dependerá del uso, bueno o malo, que hará el incapaz. Tanto peor para el deudor, quien no podría acogerse a la incapacidad de su acreedor para demandar que se confirme el pago o que se le restituya la cosa pagada.

1036 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 93 y 94.

1037 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo quinto, p. 179.

1038 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 275.

1039 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 41.

Las hipótesis planteadas por el Código Civil, en su artículo 1224, son las cinco que mencionamos a continuación:

2.1.1. Pago hecho al acreedor

Ésta es la forma común de efectuar un pago, vale decir, ejecutarlo en favor del acreedor de la prestación.

2.1.2. Pago hecho al designado por el juez

El pago hecho al designado por el juez no debemos entenderlo dentro del supuesto del pago por consignación. Se trata de un caso distinto, en el que se determina a una persona para recibir el pago.

Así, la orden emanada de una sentencia; o un embargo en forma de intervención en que se notifica al deudor para que haga los pagos al interventor y no al acreedor.

2.1.3. Pago hecho al designado por la ley

Cabe también la posibilidad de que la ley (si ésta fuese la fuente de la obligación) señalase a una persona distinta al acreedor para que se le efectúe el pago. En este caso, él sería válido.

2.1.4. Pago hecho al designado por el acreedor

Es posible que el propio acreedor designe a una persona para que reciba el pago. En este caso el deudor deberá acatar tal designación y el pago surtirá efectos plenos.

A nuestro entender, podría tratarse de un nuncio o mensajero, o de un representante o apoderado del acreedor. En ambos supuestos sería de aplicación el precepto bajo análisis.

Pero, como enseñan Cazeaux y Trigo Represas[1040], conviene tener presente que el pago al representante es, en definitiva, una variante del pago al propio acreedor, ya que a éste se habrán de imputar los actos de aquél.

Dentro de tal orden de ideas, Alterini, Ameal y López Cabana[1041] enseñan que el pago debe ser hecho al tercero indicado o *adjectus solutionis gratia*, o *adjectus solutionis causa*, que es quien ha sido señalado para percibir el crédito.

El *adjectus* —a entender de los profesores citados— se diferencia del mandatario, porque éste tiene «poder» para recibir el pago, en tanto que aquél está simplemente investido de una «cualidad» para percibirlo. Esa cualidad de ser *accipiens* surge «de un derecho propio, abstracto», sin perjuicio de la relación interna

1040 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 161.

1041 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 109.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que tenga con el acreedor, pues en la relación interna, el *adjectus* puede ser, en realidad, mandatario del acreedor o el beneficiario titular activo del crédito, etcétera. Por el carácter abstracto que reviste el derecho del tercero indicado para el pago, una vez designado, el acreedor no puede dejar unilateralmente sin efecto su designación: el pago debe hacérsele a él «aunque lo resista el acreedor».

Pero —agregan—, puestos de acuerdo el acreedor y el deudor, tal designación es revocable, a menos que el tercero indicado ya «la hubiese aceptado y hecho saber al obligado».

2.1.5. Pago hecho a persona no autorizada

El último supuesto de validez del pago previsto en el artículo 1224 del Código Civil peruano es aquél efectuado a persona distinta del acreedor (se entiende también, en este caso, a persona diferente de la señalada por el acreedor, por el juez o por la ley), pero que, recibido por ésta, es ratificado por el acreedor o éste se aprovecha de él.

Este supuesto (el pago hecho a persona no autorizada) comprende, a su vez, tres hipótesis:

2.1.5.1. Que el acreedor ratifique el pago

Supongamos, por nuestra parte, que un deudor debe a su acreedor la cantidad de diez mil soles, por concepto de renta, los que deberán ser pagados el día 22 de mayo. Pero en dicha fecha el acreedor se encuentra de viaje y es el único hijo del mencionado acreedor quien se presenta a cobrar la deuda, y el deudor paga a este último, quien no cuenta con poder alguno que lo faculte a recibir el pago.

En el ejemplo anotado, si el hijo entrega a su padre (acreedor) el monto íntegro de la renta y el padre, a la vez, comunica a su arrendatario que ratifica el pago recibido por su hijo, podríamos decir que resulta evidente que el pago surtirá todos sus efectos.

Ya se refería Demolombe[1042] a que si el acreedor ratificó el pago que el deudor había hecho a manos de un tercero sin calidad para recibirlo, evidentemente renunció al derecho que tenía de demandar la nulidad de este pago. Desde entonces es como si este tercero tuviese la calidad de mandatario del acreedor pues la ratificación equivale retroactivamente a un mandato, el cual deberá ser provisto en el momento del pago. Precisa Demolombe que, en efecto, es desde este momento mismo que data la validez del pago cuya nulidad originaria desaparece; y agrega que esta ratificación puede ser expresa o tácita. Y en ningún caso está sometida a forma especial alguna.

1042 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvii, pp. 145 y 146.

Por otro lado, señala Demolombe que basta una simple manifestación de voluntad para este efecto.

En cuanto a la ratificación tácita, ésta puede tener como resultado los hechos —cuya apreciación corresponde a los magistrados—, los que testifiquen por parte del acreedor la voluntad de considerar por bien realizado el pago que hizo el deudor a este tercero sin ningún poder.

Giorgi[1043], por su parte, nos dice que es verdad que no necesita demostración el que un pago mal hecho en manos de quien no tenía la representación del acreedor, o bien del acreedor incapacitado, puede hacerse válido mediante la ratificación o el acto de confirmación. Sólo ha de advertirse que la ratificación puede ser expresa o tácita y la confirmación debe intervenir después de que el acreedor haya sido capacitado; *v. gr.*, cuando el menor ha llegado a mayor, o bien debe partir de los legítimos representantes del incapaz. Por lo demás, la ratificación no exige palabras solemnes y puede ser —como ha sido dicho— hasta tácita.

Wayar[1044] opina, respecto a este tema, que se trata de una solución lógica, que no requiere mayores explicaciones, puesto que si el acreedor ratifica la percepción del pago por el tercero lo convierte en un simple mandatario suyo, con lo cual desaparece el problema que aquí nos ocupa. La ratificación, por otra parte, hace presumir que el acreedor está satisfecho con el pago realizado, o bien que no ha sufrido perjuicio alguno; no hay obstáculos, entonces, para afirmar su validez.

Agrega Wayar —en criterio que hacemos nuestro— que la ratificación, por aplicación de las reglas generales, puede ser expresa o tácita. Se entiende que hay ratificación cuando el deudor toma conocimiento, por cualquier medio que pueda ser probado, de la voluntad del acreedor de confirmar la intervención del tercero. No es necesario que la voluntad del confirmante se dirija directamente a ratificar el pago (ratificación expresa), ya que produce el mismo efecto la declaración dirigida a otro fin, pero de la cual se deduzca —por elipsis— que el declarante considera válido el pago (ratificación tácita). Precisa el citado profesor argentino que la doctrina señala como ejemplos de esta especie de ratificación los siguientes: (1) el caso en que el acreedor acusa recibo o comunica que ha tomado conocimiento, sin oponer objeción alguna, del pago realizado al tercero; (2) el caso en que el acreedor interpela o demanda al tercero, reclamándole la restitución de lo que recibió del deudor; (3) el caso en que el acreedor demanda al deudor y deduce las sumas que éste le haya pagado con anterioridad al tercero.

Expresa Wayar, por último, que el simple conocimiento que el acreedor tenía al tiempo de ser efectuado el pago, y aunque no se haya formulado oposición alguna, no equivale a aceptación o ratificación del pago al tercero, salvo que con posterioridad al pago permanezca en actitud pasiva, sin reclamar ni formular oposición.

1043 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, p. 116.

1044 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, p. 354.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[1045] señalan que, por lo demás, al igual que sucede con el mandato, la ratificación puede ser expresa o tácita, pudiendo esta última realizarse bajo cualquier forma, siempre que se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad del acreedor en tal sentido. Así, agregan, se han admitido como supuestos de ratificación tácita, entre otros, los siguientes: el del acreedor que se dirige al tercero reclamándole le gire lo cobrado; el del acreedor que descuenta de un reclamo posterior efectuado a su deudor la parte anteriormente satisfecha por el tercero; o el del acreedor que acusa recibo a la carta del tercero, en que éste le manifiesta haber recibido un pago por su cuenta; etcétera.

Refiriéndose Busso[1046] a la forma que puede revestir dicha ratificación, señala que en el caso del pago por el acreedor ella puede ser expresa o tácita. Y en ninguno de los dos casos está sometida a formas especiales.

Anota Busso que la ratificación tácita resulta de hechos cuya apreciación incumbe a los magistrados y que atestiguan de parte del acreedor la voluntad de tener por bien hecho el pago que se ha dejado en manos del tercero, que carecía de poder para recibirlo.

Hay ratificación tácita cuando el acreedor, al demandar al deudor, descuenta la parte que éste pagó al tercero. Igualmente, cuando el acreedor demanda al tercero que recibió el pago para que le restituya lo que ha recibido del deudor. También hay ratificación tácita si el acreedor acusa recibo de la carta del tercero que ha recibido el pago y le ordena que gire la suma recibida.

Considera Busso que una vez operada la ratificación, ella habrá tenido por efecto validar definitivamente el pago, aun cuando el acreedor, por la insolvencia del tercero, no pudiera recuperar de él aquello que el deudor le pagó; siendo los mismos principios que rigen la prueba de las obligaciones, aplicables a la prueba de la ratificación del pago.

2.1.5.2. Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él

En el supuesto de no ratificación por el acreedor, el principio general establecido por el artículo 1224 del Código Civil es que dicho pago no se considerará válido, lo que equivale a decir que el deudor continuará debiendo dicha prestación a su acreedor, pues la obligación no se ha extinguido.

Éste sería el caso en el cual quien cobró (el hijo del acreedor —para el ejemplo que anotamos al comenzar el tratamiento del supuesto 2.1.5.1—) se gaste la integridad del dinero recibido, o simplemente no lo comparta con el acreedor (su padre). En esta hipótesis, al no haber habido ratificación y al no haberse aprovechado el acreedor del pago, éste sería inválido.

1045 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 162.

1046 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 424.

Pero dicha no ratificación del pago efectuado por el deudor a tercera persona no siempre acarreará la consecuencia señalada, pues el principio tiene una excepción, que analizamos seguidamente.

2.1.5.3. Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él

Podrá ocurrir que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él, como sería el caso en que el hijo, en el ejemplo propuesto, cumpla con entregar a su padre el dinero recibido o ejecute —con dicha prestación— alguna obra en directo beneficio patrimonial de su progenitor.

Ya decía Pothier[1047] que otro caso en que un pago es válido, aun cuando se haya hecho a una persona que no tenía cualidad para recibir, es cuando la suma pagada resulta en lo sucesivo en beneficio del acreedor, citando como ejemplo el caso de que haya servido para liberar al acreedor de lo que él debía.

Éste es también otro de los supuestos anotados por Demolombe[1048] y puede ser el caso en el cual el tercero usó la cantidad recibida para saldar una deuda del acreedor; una deuda, por ejemplo, que éste tenía interés en saldar antes que todas las demás.

Se pregunta Demolombe cómo podría el acreedor llegar a demandar un segundo pago, ya que entonces eso indicaría que él recibiría dos veces y que se enriquecería a expensas de los demás; agrega que es obvio que si el acreedor sólo aprovechó en parte el pago, éste sería válido sólo hasta ese monto.

Coincidimos con Giorgi[1049] cuando manifiesta que es su sentir que para que pueda hablarse de versión útil, el provecho ha de ser permanente; de manera que si en el momento en que el acreedor pide y el deudor alega haber ya pagado, el provecho se ha desvanecido, la excepción no tendrá ya fundamento.

Al haber aprovechado el acreedor del pago, éste tendrá efecto cancelatorio (extinguirá la obligación). Entendemos que a pesar de no haberse señalado expresamente en el Código Civil peruano, cabe también la posibilidad de que la prestación cobrada por un tercero aproveche sólo parcialmente al acreedor, supuesto en el cual deberá entenderse que el efecto liberatorio del pago efectuado será también parcial.

Recapitulando diremos que, de lo antes señalado, y luego de analizar los supuestos que el Código Civil peruano de 1984 contempla con relación al destinatario del pago, podemos concluir reflexionando en el sentido de que todos ellos apuntan al hecho o situación de que el acreedor vea satisfecho su crédito, más allá de cuál es la persona que recibe el pago.

1047 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, p. 204.
1048 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvii, pp. 146 y 147.
1049 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo vii, pp. 115 y 116.

FUERA DE VENTA

Si el pago lo recibiera el propio acreedor, será evidente que él extinguiría la obligación, más allá del destino que el acreedor dé al pago recibido. Esto último sería irrelevante, jurídicamente hablando.

En caso de que el pago sea efectuado al designado por el juez, resulta evidente que dicha medida sería adoptada por los tribunales en resguardo de los intereses de un tercero, ante la negativa del propio acreedor que tuviera la calidad de deudor en otra obligación (cuyo ejemplo típico es la obligación alimentaria).

En el supuesto del pago al designado por la ley, será la propia norma legal la que disponga quién es el sujeto activo de la relación obligacional.

Otra situación prevista por el artículo 1224 del Código Civil peruano es la del pago efectuado a persona designada por el propio acreedor. Será éste el caso en el cual el acreedor nombre un representante, o simplemente un nuncio o mensajero, para que efectúe el cobro de la deuda. Sería evidente, en este caso, que el acreedor buscará de esta forma satisfacer sus intereses en la relación obligacional. El pago así efectuado redundará, obviamente, en beneficio del acreedor.

Sin duda, es el último supuesto contemplado por el artículo 1224 del Código Civil el que reviste mayor interés jurídico, lo cual ha quedado demostrado a lo largo de nuestro análisis. Se trata de la hipótesis en que el pago haya sido hecho a persona no autorizada y el acreedor luego lo ratifique o se aproveche de él. Como es evidente, en estos dos casos el acreedor habrá asentido en el pago de manera expresa o tácita, habiéndose beneficiado por efectos de éste.

Es claro que en esas dos hipótesis el pago revestirá validez y surtirá plenos efectos. En caso contrario, es decir, si no se cumpliesen los requisitos mencionados por la última parte del artículo 1224 del Código nacional, estaríamos en presencia de un pago inválido.

Para finalizar, debemos decir que no obstante no estar comprendido dentro de los casos previstos por el artículo 1224 del Código Civil, compartimos el criterio de Giorgi[1050] cuando sostiene que si aquél en cuyas manos se pagó equivocadamente lo que se debía a otro se convierte en heredero o cesionario de este último, el pago quedaría confirmado.

1050 *Ibidem*, p. 116.

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

Artículo 1225.- Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo.

1. Fuentes nacionales del artículo 1225

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 6, Título XIV, Partida Quinta: «*Mandando algún ome a su debdor, que aquello quel deuisse, que lo pagasse a otro alguno que le señalasse ciertamente; si después desso le defendiesse que gelo non pagasse... non sabiendo que lo auía defendido el que gelo mandara pagar, entonce sería quito del debdo el debdor también como si lo ouisse pagado a el mismo*».

El artículo 1225 del Código Civil 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 el artículo 834: «El pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido, aunque después la posesión sea vencida en juicio»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hizo en el artículo 2221: «Extingue la obligación: el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2902: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después de verificado, se le prive de esa posesión, o se declare que ya la había perdido cuando cobró, siempre que en el último caso no se haya dado al deudor oportuno aviso de que el cobrador había cesado en el cargo»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 203: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 193: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1230: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1239: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que

LIBRO MARIO CASTRO FREYRE

está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató el tema en su artículo 89: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que esté en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hizo en el artículo 92: «Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de tal calidad»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1246: «Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de tal calidad»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1193: «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo».

2. Análisis

El artículo 1225 del Código Civil peruano trata el tema del pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor[1051].

Opina Salvat[1052] que la posesión del crédito no debe ser confundida con la simple tenencia del título del crédito. La primera se relaciona con la cualidad de acreedor y la propiedad del crédito; el poseedor del crédito goza aparentemente de la calidad de acreedor. La segunda, la tenencia del crédito, es un simple hecho material que por sí sólo nada significa; el deudor, en efecto, al realizar el pago ha podido informarse si la persona a quien lo verificaba era la misma que aparecía como acreedora o un sucesor suyo; ha podido saber, en otros términos, si la persona que detentaba y presentaba el título de crédito era o no el acreedor de él. Por excepción, la posesión y el título del crédito se confunden en el caso de documentos al portador, los cuales deben ser pagados, en principio, al que los presente.

Díez-Picazo y Gullón[1053] llaman a esta hipótesis «el pago al acreedor aparente», considerando que esta norma es una medida de protección al deudor que honestamente cree que el que le exige el crédito o al que le paga es su acreedor. Esa creencia debe estar basada en una situación de la que resulte lícito estimar como acreedor al que no lo es en realidad (como sería el caso del deudor que paga a quien según un testamento es heredero del acreedor, aun cuando luego

1051 Demolombe analizaba esta materia con ocasión del estudio del artículo 1240 del Código Napoleón (Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvii, pp. 147 y ss.).

1052 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo ii, pp. 237 y 238.

1053 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, volumen i, p. 241.

se descubra otro testamento en el que se nombre heredero a persona distinta, o cuando el deudor pague al acreedor frente a quien contrajo la deuda, ignorando que con posterioridad cedió a otro su crédito).

Para Llambías[1054] el poseedor del crédito o acreedor aparente es quien goza pacíficamente, ante los ojos de todos, de la calidad de acreedor, independientemente de que lo sea o no. El concepto de poseedor, propio de los derechos reales se aplica acá analógicamente. Así como es poseedor de una cosa quien la tiene bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad con abstracción de que tenga o no este derecho, por analogía es poseedor del crédito quien se comporta ostensiblemente como acreedor, sin que interese para esta noción que lo sea efectivamente. Agrega Llambías que, por otra parte, este concepto cobra relieve jurídico cuando se disocian en dos personas distintas las calidades de acreedor y de poseedor del crédito, pues mientras permanecen unidas en un mismo sujeto, la primera calificación absorbe a la segunda y justifica ella sola las consecuencias jurídicas a que da lugar.

Llambías también hace referencia al hecho de que los actos de falsificación no son idóneos para crear una pacífica apariencia de titularidad del crédito, la cual se apoya en una regularidad de las formas habilitantes, estimando por ello que no son acreedores aparentes el falso cesionario que sustenta su título en un acta de cesión falsificada, el que obra en virtud de un recibo falsificado y el que lo hace en virtud de un poder falsificado.

Así, para el citado autor son cuatro los requisitos para que se configure el supuesto bajo análisis, a saber: el *solvens* tiene que haber pagado de buena fe, es decir, persuadido de que el *accipiens* era el verdadero acreedor; el *solvens* debe haber padecido un error de hecho, pues el error de derecho perjudica; el error padecido por el *solvens* debe ser excusable, ya que no justificaría al deudor una ignorancia ingenua que es la ausencia de toda noción de la realidad, caso en el cual el pago no sería liberatorio para él; y, finalmente, resulta indiferente para la validez del pago efectuado al acreedor aparente que haya sido satisfecho antes del vencimiento de la deuda, pues el plazo es un accidente en la obligación.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[1055] opinan con referencia al tema del acreedor aparente que la posesión del crédito no se refiere a la detentación material del título respectivo en el momento del cobro, como pudiera hacer pensar la terminología empleada por la norma legal. Por el contrario, se alude a aquellos supuestos en que durante un cierto tiempo anterior al pago, alguien ha detentado pacífica y públicamente de la calidad de acreedor, con prescindencia de que lo

1054 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 166 y ss.

1055 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 163 y ss.

fuese o no verdaderamente, por lo cual se ha dicho, con acierto, que más que de posesión del crédito se trata acá de una «posesión del estado de acreedor».

Agregan los citados profesores que la noción de poseedor del crédito se integra, pues, con la concurrencia de cuatro elementos: que el mismo se comporte ostensiblemente como acreedor, esto es, que invista en apariencia el estatus y atributos de tal; que esa situación esté dotada de cierta permanencia en el tiempo, pues no se concibe que el precepto legal pueda convalidar un pago hecho al primero que se atribuya la titularidad del crédito; que la posesión haya sido pacífica, sin controversias ni impugnaciones; y que igualmente haya sido pública, ante los ojos de todos, no oculta o subrepticia. También se requerirá la buena fe del *solvens* al pagar y que éste haya padecido un error de hecho excusable (esto último, en concordancia con lo señalado por Llambías).

Respecto del tema que estamos tratando, Alterini, Ameal y López Cabana[1056] expresan que el precepto respectivo alude al acreedor aparente, es decir, a quien al momento del cobro reviste ostensiblemente el carácter de acreedor, sin serlo.

Sobre esta materia, Wayar[1057] piensa que para individualizar a esta especie de tercero es necesario, ante todo, precisar la terminología: es equívoco hablar de «poseedor del crédito», más ajustado es llamar «acreedor aparente» al sujeto mencionado en el artículo.

Señala que diversas son las razones que aconsejan prescindir de la primera denominación: (1) la noción de poseedor es propia de los derechos reales; (2) lo que caracteriza a este tercero es la apariencia de ser el acreedor con que se presenta ante el deudor, respaldado por un cúmulo de circunstancias que lo hacen aparecer como tal; (3) la apariencia, entonces, es la que le da el nombre al tercero. Precisa, además, que en Derecho Comparado se ha impuesto la denominación de «acreedor aparente».

A entender del citado tratadista, se puede decir, en general, que hay apariencia cuando una situación de hecho, por circunstancias unívocas, hace aparecer como real una situación jurídica no real; llamándose en este caso «acreedor aparente» al tercero que de hecho ostenta la calidad de acreedor, aunque en realidad, y conforme al Derecho, no lo sea; y agrega que para que la apariencia sea tal, es necesario que el tercero se comporte como auténtico acreedor, disipando toda duda que al respecto puedan tener los demás; el tercero debe ser, en apariencia, el verdadero acreedor. La actuación del tercero es valorada objetivamente, o sea, se prescinde de su estado de conciencia. Si conoce o si ignora su verdadera situación es algo que no influye en su situación aparente, la cual se configura por el hecho de obrar como acreedor, aunque sepa que no lo es.

1056 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 110.
1057 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 343 y ss.

Giorgi anota[1058] que no bastaría la buena fe meramente subjetiva, esto es, la vana credulidad, que es fruto de la inexperiencia y de la ignorancia crasa, trátase de algo más. Claro que también el elemento subjetivo es indispensable; pero, por esta parte, la expresión «buena fe» significa solamente que el deudor no tuvo razones para poner en duda la calidad de la persona a quien hacía el pago, no pudo pensar en comprobarla; tanto le persuadieron las apariencias por las que resultó engañado. Ésta es la razón por la cual considera Giorgi que quedará desvanecida la buena fe en cuanto el deudor fuese puesto sobre aviso por una oposición aunque irregular, porque si un acto de este género no sirve para impedir el pago en manos del verdadero acreedor, no es insuficiente para poner en guardia al deudor frente a un acreedor meramente putativo.

Dentro de lo señalado por la doctrina nacional, Manuel Augusto Olaechea[1059] sostenía, haciendo referencia al Anteproyecto de Libro Quinto por él preparado, que: «El Anteproyecto estima que está en posesión del derecho de cobrar el que se encuentra en tal situación que se pueda legítimamente creer que el crédito le pertenece. No influye en la determinación de este carácter la posesión material del título en que consta el crédito, a no ser que se trate de títulos al portador, en cuyo caso el que los tiene en su poder está efectivamente en posesión del crédito o derecho de cobrar. Como ejemplo clásico de posesión del crédito se cita casi siempre el caso del heredero putativo que deja de serlo»[1060].

Palacios Martínez[1061], a su turno, señala que: «La norma desea expresar que tiene efectos liberatorios el pago realizado a un sujeto que se encuentra en una situación de hecho que implica el ejercicio efectivo del derecho capaz de suscitar confianza en una real pertenencia del derecho, debiéndose acotar que dicha confianza no debe derivar de apreciaciones subjetivas que tomen en consideración cómo el deudor ha entendido la situación a quien ha pagado, sino de un examen objetivo de las circunstancias que rodean al acto de cumplimiento a fin de juzgar si la apariencia generada justificaba el comportamiento debitorio y considerar extinguida la obligación».

Por nuestra parte, debemos señalar que es principio general que el pago debe verificarse al acreedor. Utilizamos la palabra «general», porque existen casos en que el pago debe efectuarse a un tercero, ajeno a la relación obligacional, y este pago, sin embargo, extingue tal relación. Caso típico es el del empleador notificado para pagar a un tercero, alimentista, con las remuneraciones que adeuda a su empleado.

1058 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 117 y ss.

1059 Comisión reformadora del Código Civil peruano. *Op. cit.*, fascículo quinto, pp. 179 y 180.

1060 Similar opinión es la de León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 277 y 278).

1061 Palacios Martínez, Eric. «Pago al acreedor aparente». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 480.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero puede ocurrir que exista el denominado acreedor «putativo» o «aparente», es decir, aquél que acredita verosímilmente la condición de acreedor al tiempo del pago, pero que, en realidad, no lo es. Aparenta ser el acreedor, «está en posesión del derecho de cobrar», como lo expresa el Código, pero su título no es verdadero.

Ubiquémonos primero, para la ilustración del precepto, en un caso de indignidad para suceder.

Conforme al artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona —es decir, desde ese instante, sin solución de continuidad, pues no existe la herencia vacante— los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Si un padre fallece dejando como único heredero legitimario a su hijo, éste adquiere, automáticamente, los derechos crediticios de su causante. En este caso, el heredero puede hacer efectivos tales derechos crediticios. Pero luego se inicia un proceso judicial, promovido por otros parientes del fallecido, no legitimarios pero sí herederos, destinado a declarar al hijo indigno para suceder. En caso de que obtuvieran sentencia favorable, tal heredero sería excluido de la sucesión por indignidad. Pero la sentencia, de acuerdo con el artículo 668 del Código Civil, es declarativa y no constitutiva, lo que significa que ese hijo nunca tuvo la condición de heredero. En la hipótesis prevista se trató, sin embargo, de un acreedor con título firme al tiempo de recibir el pago. Por tanto, el deudor que pagó extinguió su obligación.

Ello no ocurriría si, al verificarse el pago, el deudor tenía conocimiento de la acción judicial, cuyo resultado es siempre incierto. En este caso la ley franquea al deudor el derecho de consignar la prestación debida o, de no ser ésta susceptible de consignarse, simplemente de retener el pago a las resultas del proceso.

Si el deudor paga al acreedor aparente, con desconocimiento de la acción impugnatoria de indignidad, extingue, como se ha expresado, su obligación. Aquí los accionantes, vencedores en el juicio declarativo de indignidad sólo tendrían una acción de restitución contra el acreedor aparente que cobró. Si, por el contrario, el deudor pagara al acreedor con conocimiento de la acción judicial, y éste resultara vencido en juicio, entonces tal deudor tendría que pagar por segunda vez a los verdaderos herederos, sin perjuicio de su derecho de exigir la restitución al acreedor aparente a quien pagó.

Pero, en este último caso, podría tratarse de prestaciones no susceptibles de restituir. Consideramos que, en estos casos, el acreedor aparente tendría que restituir en dinero el valor de la prestación, forma que, aunque imperfecta, sería la única susceptible de evitar que se enriqueciera indebidamente en desmedro del deudor.

La expresión «posesión del derecho de cobrar» no se agota, sin embargo, con el caso propuesto o con otros similares. Los mismos efectos jurídicos se generarían, por ejemplo, si se presenta un testamento otorgado a su favor, y el deudor desconoce —porque no tenía cómo saberlo— que éste había sido revocado. O en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el caso de preterición de un heredero forzoso, de cuya existencia no tenía conocimiento el deudor.

Y si nos trasladamos al Derecho Mercantil, puede sostenerse válidamente «que está en posesión del derecho de cobrar» el tenedor de un título al portador extraviado o, incluso, hurtado, siempre que el deudor carezca de elementos para presumir que él no pertenece a quien lo presenta. En estos casos estaríamos, sin duda, ante un acreedor aparente o putativo.

A manera de ilustración, podemos mencionar que, a entender de Wayar[1062], son considerados acreedores aparentes, entre otros, los siguientes: el heredero aparente, que constituye el caso típico, siendo tal aquella persona que ostenta públicamente el título de heredero y realiza en ese carácter actos de disposición, y que luego es desplazada por otra que tiene un título preferente; el excónyuge, pues disuelta una sociedad conyugal, si alguno de los excónyuges recibe el pago de un crédito que correspondía a la sociedad, actúa como acreedor aparente, desobligando al *solvens* —sin perjuicio de las relaciones posteriores entre los excónyuges—; quien invoca un derecho cuyo título es anulado después del pago, hallándose en esta situación el cesionario o el legatario que recibe el pago y, luego, la cesión o el testamento, respectivamente, son declarados nulos; y el legitimado aparente. Al lado del acreedor se distingue la figura del legitimado aparente, quien es aquella persona que ostenta una legitimación procesal para cobrar, que luego queda desvirtuada, como es el caso del abogado a quien se le revocó el poder, ignorándolo el deudor demandado.

Por el contrario, se entiende que no puede ser tratado como acreedor aparente aquel individuo que obra como acreedor apoyándose en un título falsificado; como sería el caso del cesionario, el legatario o el apoderado que se basan en un documento falso para exigir el pago. Pero si el verdadero acreedor ha facilitado la falsificación o, simplemente, ha sido negligente al respecto, entonces corresponde considerar válido el pago que se le haga al falso acreedor, siempre y cuando el deudor sea de buena fe.

Pero también podría ocurrir, agregamos, que el acreedor haya sido verdadero, pero que luego hubiera perdido tal condición.

Se trataría, por ejemplo, del supuesto de quien cede un derecho sin conocimiento del deudor. Si éste paga al acreedor cedente, extingue su obligación, porque se trata de quien, para el deudor, continúa siendo su acreedor. Aquí el acreedor cesionario sólo tendría acción contra el acreedor cedente, mas no contra el deudor. El caso contrario ocurriría si el deudor, con conocimiento de la cesión, paga al acreedor cedente. Aquí no extinguiría obligación alguna. El cesionario tendría acción contra el deudor, y éste, a su vez, el derecho de exigir la restitución al acreedor cedente.

1062 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 343 y ss.

Señalamos, por otra parte, que la aplicación del artículo 1225 del Código Civil exige que el deudor haya actuado con buena fe, es decir, que lo haya hecho en la convicción de que pagaba bien, de que pagaba a quien debía hacerlo. Esto significa, en todo caso, que el deudor debe actuar con la diligencia requerida por las circunstancias.

Por otra parte, nos parece inadecuada la expresión «posesión del derecho de cobrar». La palabra «posesión» es propia de los derechos reales, no del Derecho de Obligaciones. Es poseedor quien tiene una cosa corporal, con ánimo de conservarla para sí o para otro, pudiéndose, forzando el lenguaje, hacer extensivo el concepto a las cosas incorpóreas, las cuales propiamente no se poseen. Etimológicamente, «posesión» es el poder de hecho que ejercemos sobre las cosas de la naturaleza exterior, uniéndolas a nosotros de un modo estable, al menos en la intención.

Finalmente, y junto a Palacios Martínez[1063], cabe señalar que la norma guarda silencio sobre la tutela del verdadero acreedor. Según él, lo correcto hubiese sido solucionar tal problemática acudiendo expresamente a las normas sobre pago indebido, como lo hace el artículo 1189 del Código Civil italiano de 1942, ofreciendo al acreedor la posibilidad directa de solicitar la restitución de lo pagado al acreedor aparente, puesto que el deudor estaría liberado. En nuestro Código Civil, surge la controversia en tanto el deudor liberado no guarda ya ningún vínculo con el acreedor real, lo que no quitaría la posibilidad de que aquél pudiera exigir la restitución de lo pagado. Más discutible sería la utilización de la acción subrogatoria u oblicua contenida en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil. Sin embargo, aun negándose tales posibilidades, siempre cabría recurrir al enriquecimiento sin causa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1063 Palacios Martínez, Eric. «Pago al acreedor aparente». *Op. cit.*, p. 480.

Presunción de autorización para cobrar

Artículo 1226.- El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción.

1. Fuentes nacionales del artículo 1226

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Tercera.

El artículo 1226 del Código Civil vigente no 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 ni en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en su artículo 2303: «Extingue la obligación el pago que se hace a persona a quien el deudor reputa habilitada para exigirlo, por cuanto presenta documento de aquellos con que el acreedor acostumbra cobrar»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 205: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 195: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1232: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1241: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, reguló el tema en el artículo 91: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 93: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1247: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción»; y el Proyecto de la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1194: «El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción».

2. Análisis

El artículo 1226 del Código Civil peruano está orientado a establecer una presunción *iuris tantum* en el sentido de que quien posea el recibo de pago otorgado por el acreedor se reputa autorizado para recibirlo. Debemos anotar que la ley no lo reputa como acreedor, sino simplemente como autorizado para recibir el pago, ya que bien podría tratarse del propio acreedor o de una tercera persona autorizada por este último para cobrar al deudor la prestación debida.

La excepción está prevista cuando, según la propia norma, las circunstancias se opongan a admitir esa presunción.

A entender de Busso[1064], entre los casos de mandato tácito se cita el de quien presenta un recibo firmado por el acreedor, persona que, en principio, está habilitada para cobrar, y el pago que se haga en sus manos es un pago bien hecho.

Considera Busso que, en principio, el recibo es el instrumento de liberación en favor del deudor; y por eso, si el acreedor entrega ese documento a una persona, debe admitirse que la ha habilitado para exigir el pago.

No obstante ello, recuerda Busso que algunos autores observan que el portador del recibo auténtico y firmado, más que representante del acreedor, es un emisario (nuncio), y quien le paga a él no paga a un tercero, sino que paga al mismo acreedor.

Agrega el citado tratadista argentino que algunos autores y leyes establecen diversas limitaciones. Así, para Von Tuhr, la posesión del recibo es presunción del mandato para exigir, pero no es prueba terminante de él. Busso considera acertada esta tesis que corresponde a los conceptos desarrollados al estudiar la naturaleza del pago. El deudor no debe limitarse a perseguir su propia liberación, debe brindar satisfacción al interés del acreedor y dentro de la obligación debe obrar con prudencia y lealtad para asegurar que ese resultado final sea obtenido. No cumple de buena fe la obligación quien paga a la persona que le presenta el recibo, sin atender a circunstancias que hagan pensar que ese pago no llegará a poder del acreedor. Se trata, fundamentalmente, de cuestiones de hecho que deben apreciarse en cada caso particular.

Señala Busso que una situación especial se presenta cuando el pago se hace sobre la base de un recibo robado o perdido. En principio —dice—, el pago hecho al portador del recibo robado o perdido es válido, salvo que el acreedor hubiera

1064 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 391 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obrado negligentemente o que se hubiera pagado no obstante existir graves indicios del robo del recibo. Recuerda el citado profesor que en abono de esta posición se dice que el acreedor que emite y firma un recibo crea un instrumento, un título, entre los cuales debe incluirse que el robo o la pérdida son a su cargo. Puntualiza además que si alguien roba el recibo y en virtud de él percibe la prestación del deudor, la usurpación de derechos no va dirigida contra el deudor (a quien se entrega un título de liberación auténtico), sino contra el acreedor.

En lo referente al supuesto de un recibo falsificado, señala Busso que no es instrumento auténtico de liberación. En eso difiere del recibo robado o perdido al que nos hemos referido precedentemente.

Considera Busso que no es liberatorio el pago hecho al portador de un recibo falsificado, pero admite que la solución podría variar si ha sido la negligencia del acreedor la que ha permitido o facilitado la falsificación del recibo, caso en el cual la culpa incurrida interfiere y modifica la aplicación del principio.

Palacios Martínez[1065] hace referencia al hecho de que la doctrina alemana, a la que hay que referirse en tanto el antecedente legislativo así lo permite, por demás creadora del concepto de autorización en esta sede, señala que la prestación hecha al portador de un recibo es, pues, plenamente válida aunque éste lo haya robado o encontrado, no así cuando el recibo es falsificado, ya que resulta evidente que la norma se atiene a la premisa de que el recibo es auténtico. Sin embargo, en determinadas circunstancias en que el acreedor la posibilite por su negligencia, la falsificación de recibos puede implicar una infracción a los denominados deberes accesorios de protección, insertos en la relación obligatoria conjuntamente con el deber principal de prestación, generando con ello el derecho al resarcimiento correspondiente derivado de responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones, según la terminología del Código Civil. Y es que cuando el acreedor confecciona un recibo, tal y como debe ser entregado al deudor luego del cumplimiento, asume el riesgo de que éste pueda ser sustraído o perdido, no siendo relevantes estos hechos a fin de discutir el cumplimiento válido; por el contrario, cuando se tenga que el acreedor coadyuve, se supone involuntariamente, a la falsificación de recibos, por ejemplo cuando su formato sea muy simple o utilice el modelo de recibo que puede ser obtenido en cualquier librería, y su firma sea un garabato cualquiera, cabría que el deudor perjudicado (no liberado) obtenga el resarcimiento, que incluso podría ser opuesto a la deuda misma.

Por nuestra parte, podríamos precisar que, sin lugar a dudas, las circunstancias a las que alude el artículo 1226 del Código peruano pueden pertenecer a la más variada índole, como podrían ser la condición de quien porta el recibo, el previo conocimiento del deudor de la persona que lo porta, las actitudes de esta persona, la forma o letra cómo ha sido redactado el recibo, etcétera.

1065 Palacios Martínez, Eric. «Pago al acreedor aparente». *Op. cit.*, p. 484.

ESTUDIO MIRO QUESADA ABOGADOS

Para ilustrar lo señalado, vamos a citar algunos ejemplos que consideramos de interés.

Se trata de una deuda consistente en la ejecución de prestaciones periódicas, por ejemplo, un contrato de arrendamiento en el que siempre cobra una persona «X» enviada por el arrendador a casa del arrendatario. Pero un día se presenta persona distinta. Sin lugar a dudas, en esta situación el arrendatario deberá tomar todas las precauciones del caso antes de pagar la deuda. Deberá asegurarse de que quien porta el recibo sea precisamente el nuevo enviado del arrendador.

Supongamos, por otra parte, que concurriese la persona que siempre cobra, pero que el recibo que porta no contenga las mismas características formales que los anteriores (calidad del papel habitual, letra con la que ha sido redactado o, incluso, la propia firma o rúbrica del acreedor). En este caso, también el deudor deberá asegurarse antes de pagar. Lo más idóneo sería que consulte previamente a su acreedor. Tal como señala León Barandiarán[1066]: «Según expresa Planck, comentando el artículo 370 del Código alemán, inspirador del 1241 de nuestro Código (León se refiere al Código Civil de 1936), para que desaparezca la presunción de autorización para recibir el pago en favor del portador del recibo, no es necesario que el deudor haya sabido que el portador del recibo no está facultado para obtener la prestación; basta que una apreciación racional de las circunstancias excluya la posibilidad de tal facultad. Pero no bastará que el deudor deba haber conocido tales circunstancias; es indispensable que las haya conocido».

Como los ejemplos citados, podríamos invocar una serie indefinida de ellos, en los que se describan circunstancias que hagan sospechar la falta de idoneidad del recibo o de su portador.

Por otra parte, Alterini, Ameal y López Cabana[1067] hacen referencia al supuesto del tenedor de un título al portador, ya que el pago debe también ser hecho al que presente el título del crédito, si éste fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto o de graves sospechas de no pertenecer el título al portador. Comentan los profesores citados que ese precepto abarca diversos documentos propios del Derecho Comercial como son el cheque, la letra de cambio, el pagaré y la factura conformada.

Expresan que, por lo pronto, el documento de que se trata puede haber sido extendido «al portador», o haber sido «endosado en blanco», es decir, sin individualización del beneficiario, de modo tal que en cualquiera de esos supuestos el deudor paga bien a quien le presenta el documento, salvo si sabe que el documento ha sido perdido o sustraído, caso en el cual debe hacer el pago por consignación; o si tiene graves sospechas de que no pertenece al portador.

1066 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 281.

1067 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 109.

De otro lado, debemos señalar que Giorgi[1068] comenta que si se trata de crédito nominativo y de cesión, el pago no será válido por las mismas razones que convierten en no válido el pago hecho al *falsus procurator* y que se entienden repetidas aquí. Pero agrega que la cuestión cambia de aspecto si en vez del título nominativo se piensa en la transmisión del título a la orden o al portador, de modo tal que como el título al portador se transmite mediante simple tradición, por regla general la sola exhibición de éste basta para justificar la cualidad de acreedor ante quien debe pagarlo. Aunque sea un ladrón quien se presente para el cobro, el deudor pagará bien porque no tendrá razón para suspender el pago sino en los casos excepcionales de oposición regular, o si, no siendo practicable ésta, el deudor es puesto sobre aviso, o sospecha el hurto y el extravío.

En cuanto se refiere al título a la orden, Giorgi piensa que quien paga una letra no está obligado a investigar la autenticidad de los giros; en cambio, cree que debe asegurarse de la identidad de la persona que presenta el título para el cobro y la del último endosado; así, pues, estará mal pagado a Pablo un título a la orden endosado a favor de Pedro.

Como último tema relacionado con el pago al portador del recibo, regulado por el artículo 1226 del Código Civil peruano, trataremos el relativo al recibo como instrumento de condonación o remisión.

A entender de Busso[1069], puede ocurrir que la declaración «Recibí en pago [...]» no corresponda a la realidad; es decir, que el acreedor otorgue recibo para liberar al deudor no obstante no haber recibido el pago.

Considera el citado tratadista que, en principio, una declaración de recibo emitida en esas condiciones sería válida por cuanto las partes tienen libertad para dar a sus actos la forma que quisieren, y aun tratándose de una simulación del verdadero carácter del acto, entraría en la regla según la cual la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Pero para Busso sería inválida, en cambio, si ella encubriera en alguna forma un fraude a derecho ajeno, como sería el caso de si fuera una remisión en perjuicio de los acreedores del remitente, o a expensas de la porción legítima de sus herederos, o si se buscara desfigurar el carácter gratuito de un acto para no pagar el impuesto correspondiente, o si se quisiera encubrir una remisión que fuera inválida por emanar de un incapaz, etcétera.

Según Busso —en criterio que compartimos—, la declaración de recibo por medio de la cual se extingue una deuda sin que medie pago, importa un acto de remisión, un negocio cancelatorio de crédito o remisivo de deuda.

Concluimos expresando que los alcances del principio bajo análisis son claros.

1068 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, p. 119.

1069 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 348 y ss.

El recibo es el documento suscrito por el que una persona declara haber recibido de otra alguna cosa. Pero, desde el punto de vista jurídico, el pago no se refiere, necesariamente, a cosas. Por ello, debemos entender que la palabra «recibo», en la acepción que le otorga el Código, significa el instrumento que demuestra el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer.

El recibo puede estar constituido por un simple documento firmado por el acreedor o, incluso, por una escritura inscrita en los Registros Públicos correspondientes, pasando por todas las gamas intermedias. El hecho es que se trate de un documento debidamente suscrito por el acreedor.

El portador del recibo, tal como lo hemos expresado, puede ser el propio acreedor o un tercero. Si se trata del acreedor, parece evidente que las circunstancias concluyen por admitir que no sólo se encuentra autorizado, sino que tiene el más amplio y legítimo derecho para recibir el pago y, mediante la entrega del documento respectivo, para declarar extinguida la obligación. El segundo caso previsto por la ley, esto es, si el portador no es el propio acreedor, puede prestarse a reparos u objeciones. El deudor deberá, en estos supuestos, proceder con la diligencia debida, analizando todas las circunstancias y, en caso de duda, verificar con el propio acreedor la legitimidad del título del portador del recibo. Si paga mal, su negligencia determinará que pague dos veces, sin perjuicio de exigir la restitución al portador no autorizado.

Resultan interesantes las reflexiones a las que arriba Moisset de Espanés[1070], cuando señala que en materia de recibos pueden presentarse distintas situaciones. Por lo pronto, el recibo importa, por sobre todas las cosas, una confesión de parte del acreedor de haber recibido el pago. En un segundo caso, el recibo puede ser simulado en el sentido de que el acreedor ha renunciado a cobrar la deuda, pero simula haberla cobrado extendiendo al deudor un recibo. En esta segunda situación es indispensable que el acreedor sea una persona capaz, es decir, que sea capaz de renunciar, de enajenar, de disponer, porque una renuncia de esta naturaleza puede ser atacada por los acreedores del acreedor, dado que puede haberse cometido un fraude con el hecho cumplido.

Finalmente, cabe indicar que la jurisprudencia nacional[1071] ha previsto, sobre este particular, que «Por la presunción contenida en el artículo 1226 del Código Civil, se concluye que la tenencia de la factura autoriza al agente a recibir el pago correspondiente a dicho documento».

1070 Moisset de Espanés, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 336.

1071 Expediente n.° 96-94-Lima.

Pago efectuado a incapaces

Artículo 1227.- El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.

1. Fuentes nacionales del artículo 1227

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 4, Título XIV, Partida Quinta: «*Apercibido deue ser todo ome que ouire de fazer la paga el menor de veynte e cinco años, para fazerla de manera que la non aya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deue pagar lo que deue, a el, o a su guardador con otorgamiento o mandamiento del Juez del lugar... E esso mismo debzimos que deue ser guardado, en la paga que ouisse a fazer al loco, o al desmemoriado, o al desgastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador*».

Dentro de la misma *Ley de las Siete Partidas*, tenemos a la regla 17, Título XXXIV, Partida Séptima.

El artículo 1227 del Código Civil 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.

El Código Civil de 1852 trataba el tema en el artículo 2222: «El pago hecho a los menores, locos, fatuos o pródigos declarados, sin consentimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.— Si en el caso anterior se prueba, que se pagó para alimentar o medicinar a los menores, locos, fatuos, o a los pródigos declarados, aunque en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 2914: «No extingue la obligación: 1º. El que paga a los incapaces, pródigos o ebrios declarados, sin consentimiento de sus guardadores; pero si se prueba que se pagó para alimentar o curar a cualquiera de las personas mencionadas, aunque haya sido sin anuencia de los guardadores, se extingue la obligación en la parte pagada; 2º. El deudor, que paga a sabiendas de la incapacidad civil en que ha caído el acreedor, después de contraída la obligación; 3º. El deudor que hace pago a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo pague, o para que pague a un tercero.— Si la obligación es de entregar cosa determinada, y el deudor la entrega contra la prohibición judicial, no sólo no se extingue la obligación, sino que aquél debe responder de los daños que reciba la especie entregada; y 4º. Cualquiera deudor del concursado que le paga, después de publicada la declaratoria del concurso».

LEDGARD CASTRO FREYRE

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en el artículo 204: «El pago hecho a menores, locos, fatuos o pródigos declarados, sin consentimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.— Si en el caso anterior se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, aunque en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 194: «El pago hecho a menores, locos o pródigos declarados, sin consentimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.— Si en el caso anterior se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, aunque en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1231: «El pago hecho a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.— Si se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1240: «El pago hecho a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.— Si se prueba que se pagó para alimentar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató el tema en su artículo 90: «El pago a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.— Si se prueba que se pagó para alimentar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 94: «No es válido el pago hecho a incapaces, sin consentimiento de sus representantes legales.— Si se probara que el pago fue útil para el incapaz, se extinguirá la obligación en la parte pagada»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1248: «Sólo es válido el pago hecho a incapaces, con consentimiento de sus representantes legales.— Si se probara que el pago fue útil para el incapaz, se extinguirá la obligación en la parte pagada»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, hizo lo propio en el artículo 1195: «El pago hecho a incapaces sin consentimiento de sus representante legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada».

2. Análisis

Mientras que el artículo 1223 del Código Civil peruano trata acerca del pago efectuado por personas capaces o incapaces y sus efectos; el artículo 1227 se ocupa del pago efectuado a personas capaces o incapaces y sus efectos.

Se podría decir que ambas normas tratan de un mismo problema pero en dos facetas distintas, en sentido inverso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como enseña Giorgi[1072], junto al acreedor aparente está el acreedor incapacitado, reputado erróneamente capaz, el cual es también acreedor putativo en cuanto se refiere a la supuesta capacidad. Pero la cuestión de saber si puede subsanarse *ex capite bonae fidei* el pago hecho en sus manos, encuentra más serias dificultades, ya que puede, en verdad, objetarse que los principios generales del Derecho no admiten la ignorancia de la capacidad de las personas con quienes nos ponemos en relación jurídica, y como en el contrato es preciso reconocer la capacidad de aquel con quien se contrata, lo mismo debe reconocérsela en el pago.

Precisa Giorgi que una detenida ponderación nos persuadirá de la injusticia de excluir por completo la validez del pago hecho de buena fe al incapacitado, porque hay casos en que la regla falla; admitiendo también que el deudor, cuando paga, debe informarse de la condición jurídica en que se halla el acreedor.

En el mismo orden de ideas, precisa Salvat[1073] que el pago efectuado a un incapaz sería nulo y, por consiguiente, el deudor podría ser obligado a pagar por segunda vez, por lo que se dice en este sentido que el que paga mal, paga dos veces. Señala Salvat que la nulidad del pago ha sido establecida como una medida de protección, pues el legislador ha temido que el incapaz invirtiese desatinadamente o disipase sin provecho alguno su dinero y para evitarlo prohíbe que el pago le sea efectuado. Pero Salvat refiere que el principio de la nulidad del pago hecho a un incapaz no es absoluto, pues establecido para prevenir la disipación de sus dineros por el incapaz, debía lógicamente dejar de aplicarse cuando el empleo había sido útil o provechoso para él, es decir, que sólo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[1074], enfocan el tema desde la perspectiva de la ignorancia por el deudor de la incapacidad sobreviniente del acreedor.

Jorge Joaquín Llambías[1075] enseña que la nulidad del pago al incapaz tiene el sentido de proteger a éste, ya que la ley supone que si se deja en manos del incapaz el producto del pago, es posible descontar la disipación o mala inversión que él pueda hacer de los bienes pagados; y para evitar ese perjuicio seguro del incapaz es que se sanciona al pago con la nulidad, poniéndose al deudor en la necesidad de pagar nuevamente, con todos los recaudos legales, si quiere desobligarse.

El artículo 1227 del Código Civil peruano sólo se refiere de manera expresa a las personas incapaces[1076]. Para estos casos, caben dos supuestos:

1072 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 119 y 120.

1073 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 226 y ss.

1074 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 153 y 154.

1075 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 192 y ss.

1076 Para mayor abundamiento, recomendamos al lector los estudios que sobre la capacidad ha realizado el profesor Juan Espinoza Espinoza (Espinoza Espinoza, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles.* Lima: Grijley, 1998, p. 121).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(a) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero con el asentimiento de su representante legal (padres, tutores o curadores), caso en el cual el pago extinguirá la obligación.

(b) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero sin el asentimiento de su representante legal. En este caso, la regla general será que el pago se considerará inválido. Sólo no lo será (vale decir que será válido en la parte pagada —o por completo, de ser el caso—) en el supuesto que se pruebe que dicho pago fue de utilidad para el incapaz. Y esta situación encuentra sustento en los argumentos esgrimidos por León Barandiarán[1077] al comentar la norma del Código Civil de 1936 que sirvió de antecedente al artículo 1227 del Código de 1984, cuando expresa que: «Se deduce del artículo 1240 que para el concepto del legislador peruano, el pago es un acto jurídico, y de carácter bilateral, en el sentido que es indispensable la capacidad tanto del que lo realiza como también del que lo recibe».

Sobre el primer supuesto, observamos lo señalado por el Tribunal Registral en la Resolución n.º 209-2014-SUNARP-TR-L, de fecha 31 de enero de 2014, que señala, «7. El artículo 1227 del Código Civil referido al pago de las obligaciones establece que "El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada". *Contrariu sensu*, el pago hecho a incapaces con el asentimiento de su representante legal sí extingue la obligación. De allí se concluye que el pago hecho por la Universidad Alas Peruanas SA a favor del interdicto, con el asentimiento de su curadora, ha extinguido la obligación».[1078]

Naturalmente, debe comprenderse que se entenderá extinguida la obligación no en la parte pagada, tal como lo señala la última frase del artículo 1227, sino en la parte en que lo pagado (se trate de una ejecución total o parcial) haya sido aprovechado (útil) por el incapaz. Esto equivale a decir que será válido el pago en lo que se hubiese utilizado para beneficio del incapaz. Contrariamente, en aquello en que no le hubiese beneficiado, no será válido el pago.

Consideramos que el beneficio que debe reportar el pago al incapaz, debe ser uno relacionado directamente con las necesidades de la vida diaria o con cualquier destino que le signifique utilidad (como podría ser el caso en que dicho incapaz lo hubiera gastado en cosas u objetos que requiera habitualmente o en el pago de obligaciones apremiantes a su cargo, etcétera). Por otra parte, también se trataría del supuesto del incapaz que no gastó o no dispuso de algo de lo recibido (como

1077 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 279.

1078 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 378. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/Resolucion-No-209-2014-SUNARP-TR-A-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

podría ser el caso de un niño que hubiese recibido una cantidad de dinero y la hubiera conservado para luego entregársela a sus padres).

También, debemos señalar que cuando alguien paga a un incapaz, sin asentimiento de sus representantes legales, pero creyendo de buena fe que dicho incapaz no era tal sino que se trataba de persona capaz, y el pago no hubiera sido útil al incapaz, no tendrá derecho para repetir lo pagado. Simplemente deberá volver a pagar. Es evidente que lo propio ocurrirá si pagó con mala fe, es decir, si lo hizo a sabiendas de que el pago se verificaba en favor de un incapaz.

En torno al tema de las personas incapaces y con discapacidad, recomendamos al lector la necesaria lectura de la obra de uno de los autores de este *Tratado*[1079], en la que abordamos el régimen en actual vigencia determinado por el Decreto Legislativo n.º 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad, del año 2018, obviamente posterior a la segunda edición de nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Esta norma, sin duda alguna la que mayor impacto ha tenido dentro de las reformas del Código Civil, implantó un régimen bastante discutible al respecto. No hemos querido contaminar este *Tratado* con las muy extensas referencias que tendríamos que hacer sobre ese Decreto Legislativo, además de nuestra obra citada y las demás, también de nuestra autoría, en las que nos pronunciamos sobre el particular[1080].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1079 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

1080 Texto correspondiente a la tercera edición.

Ineficacia del pago que efectúa el deudor después de notificado para no verificarlo

Artículo 1228.- El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1228

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al pago hecho después de la notificación judicial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 5, Título XIV, Partida Quinta: «*Este defendimiento dezimos que se deue entender en esta guisa, si fuese fecho, ante que lo uisse, este que presto los marauedis, comencado a demandar al debdo por juyzio. Mas si lo defendiesse después que el ouisse fecha la demanda dellos, e si contra tal defendimiento los pagasse, non seria quito del debdo. Ante dezimos, que lo auria a pagar otra vez, a aquel que rescibio la promission*».

El artículo 1228 del Código Civil peruano 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 contaba con el artículo 836: «El pago hecho por el deudor al acreedor en perjuicio de un tercero o habiendo oposición, es nulo con respecto a los opositores y al deudor, y pueden éstos obligarlo según su derecho a pagar de nuevo; salvo en este caso único su recurso contra el acreedor».

El Código Civil de 1852 trataba el tema en dos normas, los artículos 2223: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique»; y 2224: «Si está obligado a entregar especie determinada, y hace la entrega contra la prohibición judicial, debe responder además por los daños que sufra la especie»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en el artículo 2914: «No extingue la obligación: 1°. El que paga a los incapaces, pródigos o ebrios declarados, sin consentimiento de sus guardadores; pero si se prueba que se pagó para alimentar o curar a cualquiera de las personas mencionadas aunque haya sido sin anuencia de los guardadores, se extingue la obligación en la parte pagada; 2°. El deudor, que paga a sabiendas de la incapacidad civil en que ha caído el acreedor, después de contraída la obligación; 3°. El deudor que hace pago a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo pague, o para que pague a un tercero.— Si la obligación es de entregar cosa determinada, y el deudor la entrega contra la prohibición judicial, no sólo no se extingue la obligación, sino que aquél debe responder de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los daños que reciba la especie entregada; y 4º. Cualquiera deudor del concursado que le paga, después de publicada la declaratoria del concurso».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el particular en el artículo 206: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 196: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1233: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1242: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema en el artículo 92: «No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 95: «No es válido el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1249: «No es válido el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1196: «El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación».

2. Análisis

El profesor José León Barandiarán[1081] interpretaba el artículo 1242 del Código Civil peruano de 1936, que sirvió de fundamento al numeral 1228 del Código de 1984, con las siguientes expresiones:

> El patrimonio de una persona responde por las obligaciones de ésta. La existencia de un crédito en favor de la misma, pudiendo llegar a formar parte de su acervo patrimonial, queda, de consiguiente, sujeta a tal responsabilidad. De aquí que un acreedor de dicha persona pueda obtener orden judicial para que no le sea pagado el crédito que dicha persona tenga frente a tercero. Y éste se halla impedido, desde el momento en que es notificado judicialmente, a verificar el pago. Entran entonces en juego tres individuos:

1081 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 282-284.

> el deudor y el acreedor por la obligación cuyo pago se quiere evitar, expidiéndose la orden judicial al deudor para que no haga el pago a su acreedor, y un tercero, acreedor del último.
>
> Corresponde al derecho procesal, por otra parte, determinar en qué casos puede ser procedente una orden de retención, o sea, el secuestro conservativo.
>
> Si el deudor efectúa el pago contra la orden judicial, tal pago no extingue la obligación, dice el artículo 1242 [del Código Civil de 1936]. Más propio sería decir que él no es válido respecto al tercero [acreedor embargante], pues en efecto, la consecuencia del pago verificado en tales circunstancias es que el *solvens* queda obligado a hacer nuevo pago en favor del acreedor embargante, quedándole al primero expedito su derecho para repetir contra su acreedor, ya que de otra forma éste se enriquecería indebidamente[1082].

Por nuestra parte, señalamos que el Código Civil de 1984 solamente ha contemplado el supuesto de la notificación judicial, vale decir, la resultante de un proceso judicial, debiendo hacerse extensivo este criterio, sin duda, a los mandatos emanados de la jurisdicción arbitral o militar, reconocidos por el artículo 139, inciso 1, de la Constitución vigente. Consideramos que el principio previsto es acertado, pues no obstante que el supuesto de notificación extrajudicial es más expeditivo, en este caso podría ordenarse arbitrariamente que no se hiciera el pago. Y éste (el pago) es no sólo un deber, sino también un derecho del deudor.

El caso es que, habiéndose producido la notificación, el deudor ya no podría ejecutar válidamente su prestación. De haber sido notificado para ello, y aun así la ejecutase, ella no extinguiría la obligación.

Éste sería el caso, por ejemplo, de que se notificara judicialmente al empleador de un trabajador, a fin de que no le pague su sueldo, porque existe un juicio de alimentos pendiente; o de que se notifique a un deudor para que no pague con un bien determinado, porque él se encuentra en litigio.

La notificación a que se refiere el precepto siempre emana de la solicitud de un tercero que alega y logra, aunque no sea definitivamente, sino a través de una medida cautelar, que el deudor no le pague al acreedor.

La norma no se refiere, desde luego, a mandatos dictados a instancias del acreedor. Es verdad que el acreedor puede tener razones valederas para rehusar el pago. Pero no requiere, para ello, de orden alguna. Será suficiente que no lo acepte, que lo rechace. El deudor, cuando proceda, podrá consignar la prestación, o, en todo caso, constituir en mora al acreedor. Luego podrá sobrevenir una controversia entre deudor y acreedor, en que se ventilará si la prestación ofrecida era la debida o no.

1082 También recomendamos al lector consultar las opiniones de Ángel Gustavo Cornejo y Jorge Eugenio Castañeda sobre el particular (Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 334 y 335; Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 57 y ss.).

El tema bajo análisis admite dos supuestos. El primero, que el deudor sea notificado únicamente para que retenga el pago, porque podría existir, por ejemplo, controversia entre el acreedor y un tercero sobre la titularidad del derecho. El segundo, que exista mandato judicial definitivo para que el deudor no pague al acreedor sino a un tercero.

Las consecuencias jurídicas, en ambos casos, pueden ser distintas.

Si en la primera hipótesis el deudor, desacatando la orden judicial, hace el pago al acreedor, este pago no extingue la obligación. Pero si al concluir la controversia el acreedor resulta victorioso, tal pago, sin duda, la extinguiría. En caso contrario, esto es, si el tercero gana el pleito, el deudor tendría que pagar nuevamente, sin perjuicio de exigir la restitución al acreedor a quien pagó indebidamente.

Si en el segundo supuesto el deudor paga al acreedor, paga mal, y en este caso estará obligado a pagar nuevamente a aquél a quien el juez le ordenó que lo hiciera, prevaleciendo su derecho a la restitución por el acreedor.

Pero hablamos de restitución y ella no es siempre posible. Puede tratarse, como en los casos que antes hemos citado, de bienes no fungibles que se han consumido por el uso, o que existen pero deteriorados, o que se han extraviado, o que simplemente ya no existen; o de prestaciones de hacer inmateriales, donde nada es posible de restituir; o de prestaciones de no hacer, en que la abstención ya se ha ejecutado.

Consideramos que en estos casos, como regla general, el acreedor estaría obligado a restituir al deudor, aunque en forma imperfecta, esto es, en dinero, el valor de la prestación. Para llegar a esta conclusión, partimos de la base de que el acreedor también tenía conocimiento de la notificación y que, no obstante ello, la *turpitude* del deudor y del acreedor determinó que aquél pagara mal. Si el acreedor negligente o doloso no restituyera al deudor, aunque éste hubiera sido negligente, se enriquecería de manera indebida.

Caso distinto sería aquél en que el deudor notificado para no pagar, con desconocimiento de este mandato por el acreedor, efectuara tal pago, que naturalmente sería recibido por dicho acreedor. Aunque aquí se trataría sólo de negligencia imputable al deudor, estimamos que elementales razones de justicia, y los propios principios del enriquecimiento indebido, exigirían al acreedor restituir el valor de la prestación.

Por otra parte, en caso de que el deudor, luego de notificado para no hacerlo, pagara al acreedor, y éste no pudiera restituir la prestación, por tratarse, por ejemplo, de un bien que ha perecido en manos del acreedor, no podría cumplir con dicha prestación frente al tercero. Jurídicamente se trataría de un caso equivalente al de pérdida de la prestación, por dolo o por culpa del deudor. Entonces el deudor quedaría ante el tercero obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, prevaleciendo, sin embargo, su derecho para exigir a quien pagó mal la restitución del valor de la prestación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prueba del pago

Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1229

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la carga de la prueba, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 29, Título XIV, Partida Quinta: «*Si aquel a quien fazen la demanda, conoce la paga, diziendo quel fecha verdaderamente, e non yerro; que estonce el demandador deue prouar el yerro, e si lo prouare, deuele ser tornado lo que pago. Mas si el demandado negasse la paga, e el demandador prouasse tan solamente que la auía fecho, maguer non prouasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pago. Fueras ende, si quisiesse luego prouar, que la paga le fuera fecha verdaderamente*».

El artículo 1229 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil 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; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926.

El tema fue abordado por primera vez en nuestro país en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1271: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió»; seguido por el Código Civil de 1936, en el artículo 1282: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no abordó el tema.

ESTUDIO MARIO CASTRO TREYRE

En cambio, sí lo hizo el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 96: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1250: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1197: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

2. Análisis

Quien ejecuta una prestación podrá probar el pago de dos maneras:

(a) Por el recibo que le otorgue el acreedor de la obligación.

(b) Por cualquiera de las formas previstas por la ley procesal (Código Procesal Civil) para probar en juicio.

El deudor que paga una prestación, podrá demostrarlo por cualquiera de las dos formas señaladas. Pero, evidentemente, cuando alguien pague deberá asegurarse de tener luego los medios probatorios para acreditarlo. De lo contrario sería un deudor cumplido, pero negligente, ya que la ausencia de pruebas no le permitiría acreditar nada y podría estar frente a un acreedor mal intencionado que le exigiera judicialmente una nueva ejecución de la prestación ya pagada, situación que podría traer como resultado la derrota judicial del deudor y, por consiguiente, su obligación de volver a pagar, a pesar de haberlo hecho anteriormente.

Debemos reiterar que la carga de la prueba se impone al deudor porque éste tiene siempre el derecho de exigir recibo por el pago.

Así también lo ha desarrollado la jurisprudencia nacional en la Casación n.° 1877-99-Tacna, de fecha 26 de noviembre de 1999, «*Tercero.* El artículo 1229° del Código Civil norma predominantemente procesal, exige que el deudor acredite el pago que afirma haber hecho, en virtud de la carga de la prueba y cuyo destinatario en materia de obligación de dar suma de dinero, normalmente es el demandado en su condición de deudor».[1083]

En este punto resulta importante señalar, junto a Beltrán Pacheco[1084], que una de las reglas del proceso judicial establece que quien alega un hecho tiene la carga de demostrarlo. Esto significa que aquel justiciable, quien acude al Poder Judicial en búsqueda de tutela jurisdiccional, tendrá que acreditar los hechos que sustentan su pretensión. Dicha situación jurídica en la que se encuentra el sujeto del proceso (activo o pasivo) es una de desventaja activa de carga, es decir, es una situación de sumisión o subordinación en virtud de la que se efectúa una conducta material

1083 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 916. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1084 Beltrán Pacheco, Jorge. «Prueba de pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 493.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

como presupuesto del ejercicio de una situación de ventaja, girando en torno de un interés propio. En ese entender, la jurisprudencia nacional[1085] ha resuelto que: «Al acreditarse la existencia de la obligación, la carga de la prueba se invierte y obliga al eventual deudor a probar que ese importe fue cancelado».

Así, prueba es, pues, el medio del que nos servimos para acreditar la verdad de un hecho. Aquí, como lo hemos señalado, la palabra «prueba» puede tener dos acepciones.

La primera —que es la directa— se refiere al hecho para cuya demostración se utiliza. En este caso la prueba está constituida, qué duda cabe, por el recibo. Éste, cuando es válido, constituye prueba plena del pago, salvo que las circunstancias, según lo prescribe el artículo 1226 del Código Civil, se opongan a admitir esa presunción.

La segunda acepción es la que se refiere a las pruebas indirectas, es decir, a aquéllas que recaen sobre el hecho del que se deduce el principal, y que se encuentran constituidas por indicios, presunciones o formas de demostración más o menos vehementes y más o menos rebatibles por otras pruebas, según el carácter de las presunciones, la inmediación de los indicios o la naturaleza de las demostraciones. Esto quiere decir que no tan sólo con el recibo se acredita el pago. Él puede probarse por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Aquí debemos aclarar, sin embargo, que en otros casos la prueba del pago no exige la presentación del recibo, ni la necesidad de acreditar presunciones, indicios o demostraciones. Por ejemplo, si el deudor ha recibido en devolución el instrumento en que conste la deuda (devolución, por ejemplo, de una letra, cheque, vale o pagaré), ya no tendrá necesidad de que se le otorgue recibo alguno.

Y si trasladamos estos principios a otras formas de extinción de las obligaciones, por ejemplo, a la condonación, debemos recordar que, conforme al artículo 1297 del Código Civil, la deuda queda condonada, esto es, extinguida, cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado. Y, por su parte, el artículo 1298 determina que la prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.

En conclusión, siendo el pago en algunos casos un acto jurídico, y en otros un hecho jurídico, él puede, en suma, ser acreditado por cualquier medio probatorio.

Pero, nos preguntamos, ¿siempre corresponde al deudor la prueba del pago? La respuesta negativa se impone. Por ello es que el precepto recogido por el artículo 1229 tiene carácter general, pero admite excepciones.

1085 Expediente n.º 992-98-Tercera Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima.

ESTUDIO OSTERLING CASTILLO FREYRE

Si se trata de obligaciones de no hacer, esto es, de obligaciones de abstención o negativas, parece lógico que generalmente corresponde al acreedor demostrar la inejecución de la obligación. Existen casos, sin duda, en que no es posible para el deudor acreditar «que no hizo», y en ellos competiría al acreedor probar la inejecución de la obligación.

Este mismo principio sería aplicable si el pago lo hace un tercero. Aquí sería el tercero quien debe exigir recibo al acreedor, y quien tendría que demostrar, para repetir o subrogarse contra el deudor, que realizó el pago. Se exceptúa, desde luego, el caso en que el deudor alegue ante el acreedor el pago por un tercero, con quien, por ejemplo, tiene un acuerdo. En esta hipótesis, podría exigirse al propio deudor probar el pago.

Las situaciones expuestas, sin embargo, son excepcionales. Ellas no derogan la regla general consignada por el artículo 1229 del Código Civil. El precepto se aplicará, pues, en la generalidad de los casos, debiendo analizarse, para las excepciones, todas las circunstancias.

Pensamos, en fin, que el deudor que ostenta un recibo goza de la presunción de que pagó la prestación debida. En caso contrario, corresponderá al acreedor demostrar que, no obstante haber emitido recibo, la prestación se cumplió defectuosamente o, simplemente, no se cumplió.

Sobre lo señalado, la jurisprudencia nacional[1086] ha establecido que: «Conforme a la inversión de la carga de la prueba que prescribe el artículo 1229 del Código Civil, al demandado le corresponde demostrar haber cumplido con ejecutar la prestación a su cargo; [...] en el presente caso, el apelante sostiene haber efectuado "pagos a cuenta" de la obligación, los cuales, según su afirmación, no se han tenido en cuenta, hecho que sin embargo no ha sido acreditado de modo alguno, de tal manera que tal aserto carece de absoluta veracidad, de lo cual por el contrario se colige la obligación impaga».

No obstante lo expresado, deseamos ilustrar el precepto bajo análisis con la opinión de distinguidos civilistas, quienes comentan, eventualmente, supuestos de hecho adicionales.

Así, explica Ospina Fernández[1087] que según el principio general de que a quien propone una excepción le corresponde la carga de la prueba en que ésta se funda, al deudor que alega haber pagado una obligación le corresponde acreditar este pago, bien sea con los recibos respectivos, o con otra prueba idónea para el efecto, como la confesión del acreedor.

Para Josserand[1088], en caso de controversia es al deudor a quien incumbe la prueba del pago, pues, en efecto, las apariencias le condenan, ya que, por hipótesis,

1086 Casación n.º 1080-98. En *Diálogo con la Jurisprudencia.* N.º 33, junio, 2001, p. 265.

1087 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 375.

1088 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 686 y 687.

el acreedor ha hecho prueba de la existencia de su derecho. Entonces, al deudor corresponde contestar demostrando que dicho derecho ha quedado extinguido; y si el acreedor hubiera entregado a su antiguo deudor el título que comprobara la existencia de la deuda, en tal caso este deudor no tendría ya nada que temer, ni tendría que justificarse siquiera, porque su contradictor no estaría en condiciones de probar la obligación; se encontraría completamente desarmado.

Para Eduardo B. Busso[1089], el principio es que el deudor que sostiene haberse liberado mediante el pago de la obligación debe probarlo, pudiendo expresarse este principio diciendo que el pago «no se presume», bien entendido que esto no obsta a que pueda probarse por presunciones, lo que es cosa distinta.

Precisa Busso que, en principio, el deudor no sólo debe probar que pagó, sino que ese pago ha sido conforme a los términos de la obligación. Pero el cargo de esta segunda prueba se vuelca si el deudor prueba que el acreedor aceptó el pago sin formular protesta ni reserva, siendo la recepción, en principio, una conformidad tácita del acreedor con relación a la exactitud del pago.

De otro lado, nos dice Llambías[1090] que el pago no se presume, debe ser comprobado, y al deudor que pretende su liberación le incumbe la prueba del pago, así como al acreedor que invoca su carácter de tal le corresponde probar la existencia de la obligación.

Agrega el citado profesor argentino que el deudor no sólo debe probar el pago, sino que éste se ajusta a los términos de la obligación; pero en cuanto a esto, la aceptación del acreedor de ese pago, sin salvedad alguna, hace presumir su corrección.

En cambio, por excepción, el deudor no debe producir la prueba del pago si se trata de una obligación de no hacer: él paga absteniéndose; al acreedor que enuncia la infracción a ese deber negativo le toca probar el acto indebido. En tanto que también le corresponde al acreedor probar la falta de pago del deudor, cuando sustenta en ese incumplimiento la pretensión a obtener «las indemnizaciones correspondientes», o si funda en el pago algún derecho a su favor como el reconocimiento de la deuda, su confirmación, etcétera.

Enseñan Cazeaux y Trigo Represas[1091], por su parte, que el pago no se presume, y por ello el deudor que alega su liberación es quien debe probarlo; así como el acreedor que pretenda hacer valer su calidad de tal, debe acreditar la existencia de la obligación. Pero excepcionalmente no incumbe al deudor tal prueba en las obligaciones de no hacer, que sólo imponen una actitud pasiva, en cuyo supuesto será el acreedor que afirme la infracción a quien incumbirá la carga de la prueba.

1089 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 341 y ss.

1090 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 322 y ss.

1091 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 196.

Distinta es la situación si fuese el acreedor quien tuviese interés en demostrar la realización de los pagos, en apoyo de derechos suyos, como sucedería si se alegara un reconocimiento interruptivo de la prescripción en curso, o la confirmación de un contrato viciado de nulidad relativa, o cuando asiente en tal incumplimiento una pretensión a las correspondientes «indemnizaciones»; agregan que, en todos estos casos, el *onus probandi* pesará sobre el acreedor.

Precisan dichos profesores que el deudor no sólo debe probar el pago, sino también, en principio, que éste se adecuó a la prestación debida; pero la aceptación del cumplimiento por el acreedor, sin salvedades ni reservas, presume su implícita conformidad en cuanto a la exactitud de éste, por lo que, de querer *a posteriori* impugnarlo, tendrá que ser él quien pruebe que el pago no fue correcto.

Wayar[1092] expresa que, en términos procesales, cuando una de las partes en litigio afirma la existencia de un hecho (*lato sensu*) y la otra niega esa existencia, se está ante un hecho controvertido, o, si se prefiere, ante un hecho discutido. El juez se halla frente a la afirmación de uno y la negación de otro; de allí que para él el hecho puede existir o no. Es necesario, entonces, proporcionarle el medio idóneo para que él conozca la verdad real, material o histórica que le permita resolver el conflicto libre de incertidumbres, pues con suma frecuencia el pago adquiere las características de «hecho controvertido» en el sentido indicado, sobre cuya existencia discuten las partes frente al juez.

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.° 1780-2015-Arequipa, de fecha 13 de octubre de 2015, en donde se expone que si bien el demandado ha adjuntado la prueba del pago, esta prueba no ha generado convicción en el juzgador, «*Octavo*.- Finalmente, el recurrente estima que se ha vulnerado el artículo 1229 del Código Civil, que prescribe que "(L)a prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado". De manera específica señala que los documentos a los que se ha hecho alusión en el considerando sexto de la esta sentencia acreditan el pago realizado. Hay que indicar que el enunciado normativo prescribe que el deudor es quien prueba el pago, y que lo hace, de manera directa, con el recibo, o de manera indirecta con cualquier otro medio probatorio que sea irrebatible y de la que se pueda concluir que se cumplió con la prestación puesta a cobro. Nuevamente aquí debe indicarse que los documentos indicados por el recurrente no generan dicha convicción, por ser unilaterales, por no coincidir con la pericia judicial, por existir un pagaré que se pone a cobro, por la conducta exhibida por el demandado. De ello fluye que no se vulnera la norma denunciada, pues no hay evidencia que se haya cumplido con la obligación».[1093]

1092 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 448 y ss.

1093 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 378. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-1780-2015-Arequipa-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Retención del pago

Artículo 1230.- El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.

Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1230

Este tema no fue abordado por el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, por el Código Civil de 1852 ni por el Proyecto de Código Civil de 1890.

Trató la materia el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en sus artículos 207: «El deudor que paga, tiene derecho a exigir de su acreedor el recibo correspondiente, y puede retener el pago mientras no le sea otorgado»; y 208: «Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor retener el pago y exigir del acreedor la declaración que inutilice el título extraviado».

Luego lo hicieron el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en sus artículos 197: «El deudor que paga, tiene derecho a exigir de su acreedor el recibo correspondiente y puede retener el pago mientras no le sea otorgado»; y 198: «Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor retener el pago y exigir del acreedor la declaración que inutilice el título extraviado»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en los artículos 1234: «El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente»; y 1235: «Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado»; y el Código Civil de 1936, en los artículos 1234: «El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente»; y 1244: «Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trata el tema en sus artículos 93: «El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente»; y 94: «Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título,

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado»; por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 97: «Quien está en aptitud de efectuar el pago tiene derecho de exigir al acreedor el recibo correspondiente, pudiendo retener dicho pago mientras no le sea otorgado.— Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago podrá retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1251: «Quien está en aptitud de efectuar el pago tiene derecho de exigir al acreedor el recibo correspondiente, pudiendo retener dicho pago mientras no le sea otorgado.— Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago podrá retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1198: «El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.— Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado».

2. Análisis

Siendo el recibo el medio más idóneo que tiene el deudor para acreditar el pago, el Código Civil peruano le concede, mediante el artículo 1230, la facultad para retenerlo (esto es, para no ejecutar la prestación), mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.

Como expresa León Barandiarán[1094]: «No requiere demostración el derecho del deudor, de retener el pago mientras no se le otorgue el recibo correspondiente, como garantía necesaria para quedar salvaguardado frente a nueva prestación del acreedor. En caso de que niegue el acreedor que él ha recibido la prestación, corresponde al deudor probar su ejecución. Para seguridad de esta comprobación puede el deudor que ejecuta la prestación, exigir del acreedor una declaración de recepción por escrito, el recibo. Tal exigencia tiene el carácter de un verdadero derecho correlativo: si es negado el otorgamiento del recibo correspondiente, puede el deudor retener su prestación y no cae en mora».

En opinión de Salvat[1095], no obstante la admisibilidad de los medios generales de prueba, la del pago se produce ordinariamente por medio de un documento especial, que expresa el hecho de haberse verificado y que da al acreedor

1094 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 285.

1095 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 326-328.

por pagado de la prestación debida en virtud de la obligación: este documento se conoce con el nombre de recibo. Los recibos pueden otorgarse en instrumento público o privado: en este último caso, el deudor que lo invoca deberá justificar también su autenticidad.

Sostiene Salvat que se ha considerado que la posesión del recibo por el acreedor es presunción en contra del pago, siendo lógico admitir que lo preparó y no llegó a hacerlo efectivo. En cambio —agrega—, estando en poder del deudor, presupone la realidad del pago por éste.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[1096] sostienen que el recibo es una constancia escrita emanada del acreedor, sea en instrumento privado o público, de haber recibido el pago de la misma obligación que le era debida.

Expresan los autores citados que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, existe en general consenso en el sentido de que el recibo es un reconocimiento o confesión, acto unilateral del acreedor, de haber recibido el pago, con el cual se admiten los efectos propios de este hecho, es decir, la extinción de la obligación satisfecha. Por esta razón, algunos autores afirman que se trata de un reconocimiento extintivo, con lo cual más que todo se procura destacar su diferencia con el reconocimiento de una obligación vigente, aunque en verdad el reconocimiento no produce de por sí ningún efecto, sino que se limita a ser una declaración de voluntad simplemente enunciativa de una realidad: la extinción de la obligación mediante su cumplimiento. Y parecida, aunque no idéntica, es otra postura según la cual el recibo es un instrumento público o privado que registra la confesión extrajudicial del acreedor de que le ha sido efectuado el pago de una obligación determinada. Agregan dichos profesores que no existe, en definitiva, verdadera discrepancia con los criterios expuestos, pero piensan que el recibo es una prueba preconstituida por las partes en el momento del pago, con el objeto de consignarlo y las modalidades de que puede estar revestido, en eventual previsión de un ulterior litigio.

Anotan, en fin, que la posesión del recibo presume que quien lo tiene en su poder, sea el propio deudor o un tercero, ha efectuado el pago que el mismo constata, aunque dicha presunción, sin embargo, es susceptible de prueba en sentido opuesto. Precisan que si, por el contrario, el recibo lo retuviese el acreedor, esa circunstancia hace presumir que el pago no fue realizado y que se lo había emitido a la espera de que ello sucediese.

Como enseña Wayar[1097], si bien el pago, según se dijo, puede ser probado por cualquier medio, lo cierto es que el medio probatorio por antonomasia es el recibo, siendo tanta su importancia, que algunos Códigos consideran que el deudor que paga tiene derecho a la obtención del recibo. Sostiene Wayar que se puede

1096 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 198 y ss.
1097 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 457 y ss.

interpretar que el deudor tiene ese derecho, siendo dable resaltar que el recibo funciona en toda clase de obligaciones, aunque se lo use con mayor frecuencia en las obligaciones de dar dinero.

Wayar sostiene que el recibo puede ser definido como la declaración unilateral de voluntad, expresada por escrito, mediante la cual el acreedor reconoce que se le ha pagado. Al decir que se trata de una declaración de voluntad, queda entendido que es un acto jurídico y, como tal, debe ser emitido con intención, discernimiento y libertad. Por igual razón, el acreedor otorgante debe ser capaz, ya que si no lo fuera, el recibo que otorgue estará viciado de nulidad relativa o absoluta.

Dice Wayar que el recibo es una «prueba preconstituida» por las partes en el momento del pago en previsión de un litigio ulterior. El efecto que la ley asigna a ese reconocimiento es la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor. Wayar considera que si el acreedor se negara a otorgar recibo, el deudor quedará legítimamente autorizado a no efectuar el pago, y probada aquella negativa, podrá recurrir al procedimiento señalado para el llamado «pago por consignación».

De otro lado, respecto al artículo 1230 del Código Civil, debemos efectuar la distinción de dos supuestos:

(a) Obligaciones cuya ejecución se agote en un solo momento.

Por ejemplo, si se tratase de la obligación de entregar un vehículo determinado, sin lugar a dudas el deudor podrá retener su prestación, vale decir, no cumplirla, mientras el acreedor no le entregue el recibo correspondiente.

(b) Obligaciones cuya ejecución no se agote en un solo momento, sino que se prolongue en varios momentos periódicos o continuos.

Sería el caso de una obligación de hacer un cuadro, por ejemplo. Sin lugar a dudas, el deudor tendrá que pintar el cuadro (más allá de si su acreedor le entregará o no el recibo correspondiente), puesto que el recibo sólo se lo podrá exigir una vez terminado y entregado el cuadro (no antes). En tal sentido, dicho deudor deberá ejecutar íntegramente la obra, y sólo en la fase de conclusión de la prestación (en la entrega del cuadro) podría oponerse a terminar dicha ejecución.

En este segundo supuesto, a diferencia del primero, el deudor tendrá que ejecutar casi íntegramente la prestación (pues sólo faltaría la entrega del cuadro).

Podríamos ilustrar este segundo supuesto, con otro ejemplo, como sería aquél de las obligaciones de tracto sucesivo (la entrega mensual de trigo, el pagar mensualmente una renta, etcétera).

Conviene aquí advertir que son aplicables, a este precepto, los comentarios que antes enunciamos sobre la prueba del pago. Ello porque el recibo constituye prueba del pago, como regla general, con las excepciones que eventualmente puedan presentarse.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La otra hipótesis prevista por el precepto está consignada en el parágrafo segundo del artículo 1230 del Código nacional. Ella se refiere al caso de deudas cuyo cumplimiento conste de un título valor, otorgado por el deudor en favor del acreedor. En estas situaciones, el recibo puede estar constituido por la devolución del título-valor (letra, cheque, vale o pagaré) que podría haberse extraviado.

Para estas hipótesis, la ley otorga al deudor el derecho de retener el pago y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado, pues en caso contrario, sobre todo si se trata de valores al portador, el deudor podría verse confrontado con la necesidad de pagar dos veces. Y, aunque se trate de títulos nominativos, la firma del acreedor podría ser fraguada y el documento transferido, por endoso, a terceros de buena fe.

La regla del Código nacional reviste pues una lógica rotunda.

Sobre este supuesto, nos remitimos a la Casación n.º 090-2019-Del Santa, de fecha 2 de noviembre de 2020, que señala lo siguiente, «*Décimo.* Habiéndose desestimado la causal de naturaleza procesal, nos encontramos habilitados para emitir pronunciamiento respecto a la denuncia casatoria de naturaleza material, descrita en el artículo 1230 del Código Civil, el cual señala lo siguiente: "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente. Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado". *Décimo primero.* El segundo párrafo del presente artículo se refiere al pago de una relación cambiaria que se materializa en un título valor determinado. Así, de acuerdo con los principios de incorporeidad y de literalidad, el derecho patrimonial que es materia de pago, existe mientras esté incorporado en el título valor (documento que cumple con determinadas formalidades establecidas en la Ley de Títulos Valores). Por ello, una vez pagada la deuda el sujeto acreedor, poseedor del título, deberá devolver el documento o título, para evitar así un posible futuro proceso de ejecución por el no pago de la deuda, puesto que se presume que, si el sujeto acreedor aún mantiene en su poder el título, es porque éste no ha sido cancelado. *Décimo segundo.* Conforme a lo expuesto precedentemente, este Tribunal Supremo considera que, el hecho que la parte ejecutante tenga en su poder un título valor, como el cheque que adjunta a la presente demanda, no implica necesariamente que este no haya sido cancelado por el deudor (ejecutado), en tanto, esto constituye una presunción hasta que no se pruebe lo contrario, situación que para el Colegiado Superior se ha presentado, al considerar —luego de valorar los medios de prueba incorporados al proceso— que el título valor presentado por el ejecutante ha sido cancelado el día catorce de enero de dos mil quince, a través de la transferencia a la cuenta bancaria del propio ejecutante 0011-0272-02000383630 del Banco Continental, por lo que, la causal material también resulta infundada, no siendo posible que este Supremo Tribunal se pronuncie sobre la posición asumida por la Sala Superior tomada sobre la base del análisis de los medios de prueba ofrecidos, admitidos

LECTURA PROHIBIDA FREE

y actuados, lo que importa, por un lado, una discrepancia con la decisión cuestionada por el hecho de ser contraria a los intereses del ahora impugnante, y, de otro lado, un pedido de revaloración probatoria, que no se condice con los fines nomofilácticos del recurso extraordinario».[1098]

Debemos aclarar, antes de concluir, que el precepto al utilizar la palabra título no se refiere a los títulos en general en que constan obligaciones (es decir, que la palabra «título» no se emplea como sinónimo de «documento»), sino tan sólo a los títulos-valores.

En los demás casos, el documento no constituye «título» cuyo recibo sea su devolución. El documento sólo acredita la existencia de una obligación civil que se paga a cambio de un recibo.

Finalmente, la jurisprudencia nacional[1099], sobre este particular ha señalado lo siguiente:

> Es errado señalar que la devolución de los títulos valores no es requisito para el pago del saldo del precio de un bien contenido en letras de cambio, y que si el acreedor extiende un recibo, este hecho es prueba suficiente para enervar cualquier pretensión posterior para el cobro de dichas letras.
>
> Asimismo, se incurre en error al interpretar el artículo 1230 del Código Civil en el sentido de que el deudor está obligado al pago de una obligación representada en un título valor contra la entrega de un recibo, sin que se hubiera previamente declarado la ineficacia de dicho título.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1098 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 378. Consultado en: https://lpderecho.pe/acreedor-mantenga-poder-titulo-valor-implica-necesariamente-incumplimiento-pago-casacion-90-2019-del-santa/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

1099 Casación n.° 3243-98. En *Diálogo con la Jurisprudencia.* n.° 14, noviembre, 1999, p. 144.

Presunción de pago total

Artículo 1231.- Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1231

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Tercera.

El artículo 1231 del Código Civil peruano 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 abordaba el tema en su artículo 2906: «Cuando la obligación de dar debe cumplirse por partes o periódicamente, se presume que el que tiene recibo del último pago, ha verificado los anteriores, siempre que éstos se hayan efectuado entre el mismo deudor y el mismo acreedor»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 209: «Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de la última hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 199: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de todas las anteriores»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1236: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1245: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató el tema en su artículo 95: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 98: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas sucesivas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario»; el Proyecto

ESTUDIO PIO CASTRO FREYRE

de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1252: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas sucesivas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1199: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario».

2. Análisis

El artículo 1231 del Código Civil peruano hace referencia al pago de obligaciones cuyas prestaciones sean de ejecución periódica, en la modalidad periódica propiamente dicha, así como en la modalidad continuada o continua.

Para ilustrar nuestra opinión, vamos a utilizar un ejemplo. Se celebra un contrato de arrendamiento en el cual una de las partes (el arrendador), se obliga a ceder el uso de un bien por un tiempo determinado; y la otra, el arrendatario, se obliga a pagar mensualmente una renta en dinero. La obligación del arrendador sería de ejecución continuada, mientras que la del arrendatario sería de ejecución periódica. En un contrato de estas características, el arrendatario deberá pagar cada mes una cantidad de dinero por concepto de renta, pago que debe estar seguido de la entrega, por el arrendador al arrendatario, de un recibo que acredite la ejecución de su prestación.

Similar situación ocurre en otros contratos de ejecución periódica (periódica o continuada), como son los casos de los contratos de suministro de agua o energía eléctrica o el de servicio telefónico, en los cuales el beneficiario del suministro o usuario del servicio deberá pagar a la compañía suministrante una suma mensual equivalente al monto a que ascienda su consumo por dicho periodo.

Como por lo general los contratos de ejecución periódica o continuada se prolongan por un lapso considerable, será difícil e improbable que el deudor guarde en custodia todos los recibos que acrediten el pago de las mensualidades correspondientes, fundamentalmente por razones de orden práctico, ya que constituiría una verdadera carga conservar tantos documentos. En tal sentido, la ley otorga al deudor la posibilidad de comprobar estar al día en el pago de dichas cuotas periódicas, si acredita el pago de la última. De no ser la última, bastará exhibir el recibo de alguna, para presumir el pago de las anteriores. El precepto admite, por cierto, prueba en contrario. Se trata, en consecuencia, de una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.

Como enseña León Barandiarán[1100] «En caso de prestaciones periódicas cada una importa un pago distinto. El deudor puede pagar una o algunas de tales

1100 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 289 y 290.

prestaciones, aunque otras queden insolutas. Pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas. No obstante, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo correspondiente, la ley presume *iuris tantum* en favor del deudor, que las anteriores prestaciones se hallan pagadas también, pues *plus favemus liberationibus quam obligationis*. La disposición es muy sabia, pues nadie que pague alquileres o cuotas periódicas, pensiones o salarios mensuales, etcétera, tiene que estar obligado a guardar todos los recibos de los periodos satisfechos, que podrían ser bien numerosos. Y como es presumible que nadie cobre un periodo sin haber cobrado los precedentes, pues no cabe suponer lo excepcional y raro, la ley así dispone, dejando a salvo el derecho del acreedor para demostrar lo contrario».

A decir de Ospina Fernández[1101], al deudor, para establecer su liberación respecto de las obligaciones periódicas anteriores a la última, le basta acreditar el pago de ésta; pero la presunción es legal y, por tanto, admite prueba en contrario, la cual debe suministrar el acreedor. Recuerda el citado civilista que la referida presunción encuentra sus orígenes en una ley del emperador Marciano, del año 456, referente a las contribuciones pagadas a los recaudadores públicos, y, por este origen y por su posterior tradición histórica, debe aplicarse en este campo, donde es frecuente que la desorganización de las dependencias oficiales someta a los contribuyentes a la odiosa necesidad de conservar de por vida todos los recibos de sus impuestos.

Cazeaux y Trigo Represas[1102] sostienen que de su propio contexto resulta que esta disposición se refiere a obligaciones cuyo objeto está fraccionado en prestaciones parciales o cuotas, como sucede en supuestos para los cuales el Código Civil concede al deudor una facilidad probatoria: el pago acreditado de un periodo hace presumir que se abonaron también todos los precedentes.

Consideran dichos profesores que para así resolverlo, el codificador se ha inspirado en lo que es usual y corriente, pues los acreedores no suelen dar recibo por un periodo cuando se les adeuda el anterior. Y, por lo demás, sólo se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite en contrario cualquier tipo de probanza que la desvirtúe y acredite que restaban impagas las cuotas antecedentes.

Debemos agregar que, por lo general, en un contrato de prestaciones periódicas o continuadas, la parte que otorga el recibo por el pago (el acreedor), si existiesen deudas anteriores, procederá a acumular los recibos impagos. Sin embargo, cabe señalar que en algunos casos el acreedor no entregará recibo si es que se intenta pagar una cuota posterior a aquéllas que se encuentran impagas. En estos supuestos, el acreedor procederá a acumular el monto de las deudas anteriores en el último recibo sobre el cual exigirá el pago. Es el caso, frecuente, de las boletas

1101 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 375 y 376.

1102 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 203 y 204.

de pago de los derechos académicos de la generalidad de universidades privadas en el Perú. Si el estudiante no ha pagado alguna boleta, la siguiente acumulará el monto de la anterior, y si esta última tampoco es pagada, se procederá de igual modo con las siguientes, hasta que el alumno pague la totalidad de sus deudas con la universidad.

Naturalmente, podrá ocurrir lo contrario; vale decir, que el acreedor otorgue recibo cuando aún debiese el deudor cuotas anteriores. En este caso, podrán darse dos posibilidades:

(a) Que al otorgar el recibo cancelado el acreedor formule la correspondiente reserva, caso en el cual el pago de la última cuota no probará el pago de las anteriores.

(b) Que al otorgar el recibo cancelado no formule ninguna reserva, caso en el cual el pago de la última cuota presumirá el pago de las anteriores, a menos que el acreedor pueda probar que no se ha producido dicho pago.

Sin lugar a dudas, en este último supuesto al acreedor le será casi imposible demostrar la omisión del deudor. Esta sería, prácticamente, una «prueba diabólica».

En esa línea, en el expediente n.º 4146-97, de fecha 12 de junio de 1998, se aplicó la norma de la siguiente manera, «*Cuarto*.- Que, conforme los recibos corrientes de fojas 134 a 220, así como de las cartas de fojas 27 a 32, se acredita que la empresa demandada ha venido abonando mensualmente los honorarios profesionales del actor durante los años de 1976 a 1994. *Quinto*.- Que, si bien no existen en autos documentos que acrediten los pagos efectuados al actor durante el período de 1962 a 1975, dicho pago debe presumirse en aplicación del Art. 1231 del Código Civil».[1103]

En lo que respecta al carácter de la presunción contenida en el artículo bajo comentario, la opción adoptada por el legislador de 1984 concuerda con la posición de Manuel Augusto Olaechea, quien entre la tendencia que considera la presunción *iuris et de iure* y la que la considera *iuris tantum*, opta por la segunda. Así consta en sus comentarios al Primer Anteproyecto del Libro V[1104]:

> Respecto de la eficacia de la presunción que se deriva en favor del pago total, cuando el acreedor expide al deudor el recibo de la última cuota, cuando se trata de obligaciones periódicas o del capital, sin formular reserva alguna por los intereses, el Anteproyecto se orienta en el sentido de considerar esa presunción como *juris tantum* simplemente y no *juris et de jure*. Conforme a una primera opinión, la presunción incorporada al artículo 1908 del Código francés, concordante con los dispositivos del Anteproyecto, se

1103 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1104 Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo quinto, p. 180.

reputa *juris et de jure*. Sustentan esta opinión autores tan eminentes como Troplong, Aubry y Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie y Whal, Huc y Planiol. Sostienen contrariamente que la presunción es sólo i*uris tantum*, Duranton, Duvergier, Pont y Guillouard. Mi opinión se inclina por adoptar la equidad de esta segunda solución y me he adherido a ella siguiendo el ejemplo legislativo de Códigos tan autorizados como los de Suiza, Argentina, Brasil y Venezuela reformado.

Sobre este punto, la jurisprudencia nacional[1105] ha señalado que: «El deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas; sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume *iuris tantum*, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas».

En el expediente n.º 5323-2018, de fecha 25 de mayo de 2023, encontramos la aplicación de la "prueba en contrario" a la que hace referencia el presente artículo, «En el presente caso, el señor Obreso no aporta documento alguno que acredite el pago de las letras cuestionadas; no siendo argumento a su favor el hecho de contar físicamente con dos de las tres letras cuyo pago de cuestiona; ya que considera que, el hecho de tener físicamente letras de pago posteriores demostraría el pago total del valor del predio. Esto es, pretende acogerse a la presunción de pago total contemplada en el artículo 1231° del Código Civil, que consigna: Presunción de pago total Artículo 1231.- Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario". Sin embargo, la misma norma consigna que el poseer el recibido de la última cuota hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario. 3.6. En dicho sentido, conforme consta del expediente administrativo, las letras LC95808921, LC95808933, LC95808934, LC95808935, LC95808936, LC95808937, LC95808938, LC95808939, LC95808940, LC95808941, LC95808942, LC95808943, LC95808944, LC95808945, LC95808946, LC95808947, LC95808948, LC95808949, LC95808950, LC95808951, LC95808952, LC95808953 y LC95808954 [última letra de cambio], presentan el sello de "RESUELTO"; lo cual resulta acorde con la Carta Notarial de fecha 09 de junio de 2014, en virtud de la cual se comunicó al señor Obreso la resolución automática del contrato de compraventa, en aplicación de la Cláusula Décimo Cuarta del contrato, por incumplimiento de pago de tres letras de cambio. Con lo que, estamos ante dos versiones de un mismo hecho: la situación de pago de las letras de cambio LC09580921, LC09580931 y LC09580932; siendo que, ante la afirmación de falta de pago de la inmobiliaria, lo que correspondía —a efecto de acreditar la infracción del proveedor— era que el señor Obreso presentara documentación que demostrara los pagos efectuados [recibos de pago, vouchers]; máxime si la forma de pago era

1105 Casación n.º 1697-96-Loreto. En diario oficial *El Peruano*. 3 de junio de 1998, p. 1237.

bancarizada. Empero, no cumplió con presentar documento alguno en dicho extremo».[1106]

Asimismo, refiriéndose a los títulos valores, se ha sostenido que: «Es errado señalar que la devolución de los títulos valores no es requisito para el pago del saldo del precio de un bien contenido en letras de cambio, y que si el acreedor extiende un recibo, este hecho es prueba suficiente para enervar cualquier pretensión posterior para el cobro de dichas letras. Asimismo, se incurre en error al interpretar el artículo 1230 del Código Civil en el sentido de que el deudor está obligado al pago de una obligación representada en un título valor contra la entrega de un recibo, sin que se hubiera previamente declarado la ineficacia de dicho título[1107]».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1106 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 379. Consultado en: https://lpderecho.pe/no-suficiente-contar-dos-tres-letras-cambio-fisico-presumir-cumplimiento-obligacion-maxime-forma-pago-bancarizada-exp-5323-2018-0/LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

1107 Casación n.° 3243-98-Lima.

Presunción de pago de intereses

Artículo 1232.- El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1232

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Tercera.

El artículo 1232 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil 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.

El Código Civil de 1852 trató el tema en el artículo 2230: «Cuando hace un pago el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.— Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.— El que debe capital e interés, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hizo en el artículo 2913: «Si el acreedor recibe el capital sin reservarse el derecho de cobrar intereses, se extingue la obligación de pagarlos»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, reguló el particular en el artículo 210: «El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, y verifica la liberación, salvo prueba en contrario»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 200: «El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos y verifica la liberación, salvo prueba en contrario»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1237: «El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1246: «El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó la materia en el artículo 96: «El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 99: «El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace

EDUARDO CASTILLO FREYRE

presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1253: «El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1200: «El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario».

2. Análisis

Siguiendo a Cazeaux y Trigo Represas[1108], esta norma se refiere concretamente a pagos parciales diversos que corresponden a una misma y única obligación, según resulta de su propio contexto, por lo cual estarían marginadas las relaciones obligacionales distintas e independientes entre sí, aun cuando pudieran provenir de una misma fuente, como son los arrendamientos, salarios, intereses de un capital, etcétera, que van naciendo a *prorrata temporis*, pero en los cuales cada periodo importa una deuda diferente. No obstante lo cual, a decir de los profesores citados, la mayoría de la doctrina argentina piensa que, pese a la diferencia conceptual entre prestación parcial y prestación periódica, debe entenderse que ambos supuestos están involucrados en lo previsto por el equivalente al artículo 1232 del Código Civil peruano (el artículo 746 del Código argentino de 1871). Pero, por el contrario, quedan excluidos los impuestos y tasas fiscales, que a más de ser deudas independientes, se rigen por disposiciones administrativas propias, generalmente denegatorias de lo establecido por esta norma.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1257 del Código Civil peruano, quien deba capital, gastos e intereses no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

En otras palabras, el artículo que acaba de ser citado establece un orden prelatorio en el pago de la deuda:

(a) Intereses[1109].

1108 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 204.

1109 Sobre este punto, Jorge Beltrán Pacheco sostiene que: «[...] el interés es el fruto del capital y como tal sólo es posible su existencia en la medida en que exista un valor capital de por medio (que no necesariamente es un monto de dinero); dichos intereses pueden ser convencionales o legales, según sea el resultado de la voluntad de los sujetos o el efecto del imperio legal; en el primero de los casos, podrá ser compensatorio (si es el precio por el uso del capital, es decir, compensa el valor adquisitivo utilizado por el sujeto que recibió el monto capital en defecto de quien lo proporcionó) o moratorio (si busca indemnizar el daño producido por el retraso en la devolución del capital); en este orden de ideas, sólo si se pactó el interés convencional (salvo en el caso del mutuo donde no es necesario tal pacto) y se entregó una suma de dinero, la entrega de un recibo que traslade el valor del pago al monto capital presumirá que ya se han pagado los intereses pactados, puesto que primero debió imputarse dicho valor a éstos y a los gastos, para luego pagarse el capital [...]» (Beltrán Pacheco, Jorge. «Presunción de pago de intereses». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 500).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(b) Gastos.

(c) Capital.

Naturalmente que el precepto admite pacto en contrario y él tan sólo regirá a falta de dicha estipulación.

El artículo 1232, por su parte, dispone que el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario. Esta norma se diferencia del artículo 1257 del propio Código, en que aquí sí se ha establecido en el recibo que el pago corresponde al capital, razón por la cual no será de aplicación el supuesto de imputación del pago consignado por dicho precepto (pues ya se está efectuando la imputación). Si se otorga recibo de pago del capital, sin expresar reserva en el sentido de que aún se debe los correspondientes intereses, se presumirá que éstos ya han sido pagados.

Concordando los artículos 1232 y 1257, puede llegarse a la conclusión de que si se otorga recibo por concepto de pago del capital sin reserva alguna, también deberá presumirse efectuado el pago de los gastos de la obligación (además de los intereses).

Naturalmente, en virtud de lo previsto por la última parte del artículo 1232, esta situación admitirá prueba en contrario, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, la que, reiteramos, será sumamente difícil de demostrar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pago con títulos valores

Artículo 1233.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1233

El artículo 1233 del Código Civil de 1984 vigente 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, trató el tema en el artículo 214: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú.— La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 204: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú.— La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1239: «La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1248: «La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ - FERNANDO CASTILLO FREYRE

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema en el artículo 97: «La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 100: «La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.— Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1254: «La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.— Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1201: «La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.— Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

2. Análisis

Establecía el artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936 que «La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.— Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

La Exposición de Motivos del mencionado Código Civil señala que el objeto de la norma era resolver que la entrega de documentos no producía los efectos del pago, ni operaba novación, sino cuando ellos habían sido pagados o si se perjudicaban por negligencia imputable al acreedor[1110].

1110 También resulta de interés apreciar la opinión de Rosendo Badani sobre el particular cuando señala —comentando el Código Civil peruano de 1936— que: «El pago de una obligación puede en algunos casos efectuarse con documentos, como pagarés a la orden, letras de cambio, cheques, documentos conforme a los cuales otra persona debe entregar por cuenta del deudor las sumas o valores que representan. No constituyen un verdadero pago, en sentido estricto, no pudiendo considerarse extinguida la obligación, mientras el acreedor no los haya hecho efectivos. Puede decirse que se trata de un pago hecho con condición suspensiva, cual es la de que el acreedor que asume el rol de mandatario del deudor para cobrar estos documentos, los haga efectivos. Se considera así que el documento ha sido recibido por el acreedor no propiamente en cancelación (*in solutum*), sino *pro solvendo*; esto es, encaminado a producir los efectos del pago y quedando

La aplicación de esta regla suponía dos requisitos previos. Que el acreedor consintiera en recibir del deudor efectos de cambio. Y que entre el acreedor y el deudor no hubiera estipulación en el sentido de que la entrega de tales documentos constituía un pago que extinguía la obligación primitiva. El precepto, en nuestra opinión, admitía pacto en contrario.

De esta forma, el artículo 1248 del Código Civil de 1936 tuvo el propósito de estimular la circulación de los documentos de cambio, dictando una norma de protección para el acreedor. El acreedor que recibía efectos de cambio de su deudor, y que procedía con diligencia para mantener vigentes las acciones derivadas de esos documentos, protestándolos a su vencimiento y ejercitando las acciones por derecho de cambio, sabía que la obligación primitiva —aquélla por la que se entregaron efectos de cambio— subsistía, y que podía hacer efectivas todas las garantías que de ella se derivaban.

El acreedor que recibía documentos de su deudor, y que, por negligencia, permitía que ellos se perjudicaran por falta de protesto o por no promover oportunamente las acciones por derecho de cambio, veía extinguida la obligación primitiva, con todas sus garantías, y únicamente podía ejercitar las acciones que surgían de los documentos perjudicados.

Desde este punto de vista, la disposición contenida en el Código Civil peruano de 1936 era plausible.

Sin embargo, el legislador de 1936 fue lacónico para regir las complejas situaciones que suscita el texto legal. Y por ello, el precepto requiere de un minucioso análisis, teniendo en consideración, adicionalmente, que las consecuencias jurídicas que de él se derivaban son las mismas que genera el artículo 1233 del Código vigente.

El artículo 1248 del Código Civil de 1936 no aclaraba a qué clase de documentos se refería, ni cuándo se entendían tales documentos perjudicados. La expresión «u otros documentos» era general y podía conducir a interpretaciones erróneas. La palabra «perjudicado», por su parte, no tiene un sentido jurídico definido. Esa palabra no la empleaba el Código Civil sino en el artículo 1248. Tampoco era utilizada por el Código de Comercio o por el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Sus alcances y significado se encuentran en los cuerpos legislativos españoles y peruanos del siglo antepasado. La palabra «perjudicado» desempeñaba un papel de singular importancia en el artículo 1248 del Código Civil de 1936, pues de ese hecho o de la realización de los documentos dependía que se produjeran los efectos jurídicos a que él aludía.

obligado dicho acreedor a procurar la satisfacción del crédito que representa el documento con la diligencia necesaria» (Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 160).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1248 del Código Civil tampoco expresaba si la regla se aplicaba a toda clase de documentos o únicamente a aquellos que debían ser pagados por terceras personas por cuenta del deudor.

El texto legal, por último, no señalaba las consecuencias jurídicas que se producían cuando el acreedor, tenedor de los documentos que recibía del deudor, los transfería o los entregaba en garantía a terceras personas.

Analizaremos estos problemas en el mismo orden en que han sido propuestos.

El precepto del Código Civil peruano de 1936 tenía su origen en el artículo 1170 del Código Civil español. Su texto era el mismo. El legislador peruano sólo suprimió la palabra «mercantiles», que en el Código Civil español se consigna después de la palabra «documentos».

Debemos entender que el artículo 1170 del Código Civil español y el artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936 únicamente se refieren a la entrega de efectos de cambio y no de toda clase de documentos.

La palabra «mercantiles», utilizada por el legislador español, se presta a interpretaciones equívocas y puede conducir a la confusión de que el texto legal se aplica a todos los documentos de esta naturaleza. Es por ello que el artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936 tenía más propiedad, aunque hubiera sido deseable que se consignara, después de la palabra «documentos», la expresión «de cambio».

Existen importantes razones para considerar que el Código Civil peruano de 1936, al igual que la legislación española, se refería únicamente a los efectos de cambio. La palabra «perjudicado», que utilizan ambos preceptos, tiene su origen en la propia legislación española y es privativa del derecho de cambio. El Código de Comercio español, promulgado el 30 de mayo de 1829, estatuía, en el artículo 489, que la letra de cambio perjudicada era aquella que no se presentaba para su cobranza el día de su vencimiento y que, en defecto de pago, no se protestaba en el siguiente. El Código de Comercio peruano promulgado el 30 de abril de 1853, que comenzó a regir el 15 de junio del mismo año, consignaba, en el artículo 443, una regla similar a la del Código de Comercio español del año 1829. Y el propio Código de Comercio español del año 1885 se refiere, en el artículo 515, a la letra de cambio perjudicada.

El Código de Comercio peruano «derogado en este extremo por la Ley de Títulos-Valores», ya no utilizaba esta expresión, propia del Derecho español, debido a que la sección relativa a la letra comercial o de cambio tenía su antecedente en el Código de Comercio italiano.

Pero si el origen del artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936 se encontraba en el artículo 1170 del Código Civil español, y si en la legislación española la palabra «perjudicado» tiene un sentido jurídico definido, es evidente que los alcances y significado del texto que regía en el Perú debían buscarse en aquella ley.

Y, en este orden de ideas, la palabra «perjudicado», referida a la expresión «[...] de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos [...]» que utilizaba el artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936, significaba que el texto legal se aplicaba a aquellos efectos de cambio que no se protestaban a su vencimiento.

Sin embargo, donde existe la misma razón existe el mismo derecho. Y no había motivo, por lo tanto, para que la palabra «perjudicado», en la acepción que le otorgaba el artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936, no se aplicase también en la hipótesis de que el acreedor, por su culpa, después de protestados los documentos a su vencimiento, dejaba caducar la acción por derecho de cambio que a ellos correspondía. Aquí también se perjudicaban los documentos, en igual medida que si el deudor no hubiera efectuado el protesto dentro del término establecido por la ley.

Era el caso, por ejemplo, del acreedor, tenedor de una letra protestada, que no ejercitaba la acción por derecho de cambio, en la vía directa, contra el aceptante o los avalistas, dentro del plazo de seis meses previsto por el entonces vigente artículo 595 del Código de Procedimientos Civiles, o la acción por derecho de cambio, en la vía de regreso, contra el librador y los endosantes, dentro del término de quince días a que se refería el artículo 507 del Código de Comercio.

Con este mismo criterio la palabra «perjudicado», finalmente, también se refería al cheque, cuando el portador no lo presentaba para ser pagado dentro de treinta días de su fecha y, vencido este término, desaparecía la provisión de fondos por un acto de la persona a cuyo cargo se hubiera girado. El artículo 526 del Código de Comercio y su modificatorio el artículo 172 de la Ley de Bancos disponían que, en ese caso, se perdía la acción por derecho de cambio.

Nótese que en los supuestos que acabamos de estudiar no entraba en juego la figura jurídica de la prescripción. Porque los efectos de cambio, por razones cronológicas, necesariamente se perjudicaban antes del vencimiento de los tres años que, como plazo de prescripción para todas las acciones derivadas de aquellos documentos, establecía el artículo 961 del Código de Comercio.

Excepcionalmente, la caducidad de la acción por derecho de cambio y la prescripción se aplicaban simultáneamente, si, iniciada aquella acción, el demandante permitía, por su inercia, el abandono de la instancia, y este abandono se decretaba tres años después de la fecha de vencimiento de los documentos que había recaudado la acción cambiaria.

Es importante observar, por lo demás, el verdadero sentido del artículo 1248 del Código Civil de 1936. Él se refería, indudablemente, a la entrega de documentos que expresaban pago. Y los efectos de cambio, o sea, las letras de cambio, cheques, vales y pagarés expresan pago.

Cabe agregar que el artículo 1248 del Código Civil de 1936 utilizaba la palabra «entrega» y que ella también determinaba sus alcances jurídicos. Es propio

de los documentos de cambio, en efecto, que se transfieran por entrega. Cuando ellos son emitidos al portador, por la entrega del documento, y cuando son emitidos a la orden, por la entrega del título endosado. La transferencia de documentos nominativos no se opera por entrega. La transmisión de estos documentos constituía, de acuerdo con el precepto comentado, una cesión de créditos que, a su vez, requería la aceptación de la traslación por el deudor o la notificación judicial para que el cesionario adquiriese acción contra el deudor cedido. Así lo establecía el artículo 1457 del Código Civil de 1936.

El propio texto insuficiente del artículo 1248 de dicho Código Civil, por último, anteponía la enumeración de pagarés a la orden y de letras de cambio, o sea, de efectos de cambio, a la palabra «documentos». Ello señalaba, sin duda, la naturaleza jurídica de estos documentos.

No entendemos, por las razones expuestas, los verdaderos alcances de los comentarios de los profesores Felipe Sánchez Román[1111] y José María Manresa y Navarro[1112] al artículo 1170 del Código Civil español, cuando explican que esta norma se refiere a todo documento de crédito, aunque no sea mercantil. El profesor José León Barandiarán[1113] atribuía igual significado al artículo 1248 del Código peruano de 1936.

Creemos, por el contrario, que el artículo 1170 del Código Civil español tiene una aplicación más restringida que la que podría inferirse de su interpretación gramatical. Él no alude, en nuestra opinión, a toda clase de documentos mercantiles, sino únicamente a los efectos de cambio.

El segundo problema jurídico que surgía de la interpretación del artículo 1248 del Código Civil peruano de 1936 era determinar si él se refería a toda clase de efectos de cambio o sólo a aquellos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor.

Pensamos, junto a Manuel Augusto Olaechea, que el texto legal era aplicable tanto a los documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor, o sea, a aquéllos aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o por endoso, como a aquellos otros documentos aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entregaba a éste, o sea, a aquellos documentos en que la relación cambiaria se circunscribía al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas.

1111 Sánchez Román, Felipe. *Derecho Civil español. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV, p. 292.

1112 Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus, 1967, tomo VIII, pp. 664 y ss.

1113 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 295.

La legislación peruana de 1936 no distinguía entre estas dos hipótesis. Por lo demás, no percibimos ningún argumento valedero para excluir la norma legal del supuesto en que el pago de los efectos de cambio debía ser hecho por el propio deudor. Era el caso, frecuentísimo, del precio en un contrato de compraventa que se pagaba con letras de cambio aceptadas por el comprador o con cheques girados por el comprador a la orden del vendedor. Aquí no podía admitirse que la entrega de tales documentos operaba novación y que el vendedor veía extinguida la acción derivada de la falta de pago del precio pactado, para conformarse con la acción derivada de los efectos de cambio que recibió y que no fueron abonados a su vencimiento.

No podemos distinguir donde la ley no distingue. Y, por lo tanto, consideramos que el artículo 1248 del Código Civil de 1936 se refería a los documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor y a los documentos que debía pagar el propio deudor.

Al emitir esta opinión discrepamos de la de Rosendo Badani Chávez[1114] y la de Ángel Gustavo Cornejo[1115], quienes al analizar el artículo 1248 del Código de 1936 expresan que la regla sólo tenía aplicación cuando se trataba de documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor.

El último comentario al artículo 1248 del Código Civil de 1936 es que el legislador pudo prever la situación jurídica que se suscitaba cuando los documentos que recibía el acreedor del deudor eran entregados por aquél, a su vez, en propiedad o en garantía a terceras personas.

Debió establecerse que en este caso, cualquiera que hubiera sido la suerte de los documentos entregados por el acreedor al tercero, se extinguía la obligación primitiva.

Como hemos visto, el artículo 1248 del Código Civil de 1936 preveía que el pago de la obligación primitiva se generaba cuando los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor.

No existía culpa del acreedor —pues la culpa es una noción esencialmente personal— si entregaba los documentos a un tercero y ellos se perjudicaban en poder de este tercero.

Aplicando en rigor la regla del Código de 1936, en este caso, la obligación primitiva no estaba extinguida. Y ello habría conducido a que el deudor, cuando era aceptante, girador o suscriptor del documento, confrontara dos acciones judiciales distintas, destinadas a hacerle cumplir dos veces una misma prestación. Hemos sido cuidadosos en advertir que se trataría de una simple confrontación

1114 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 193.

1115 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 341.

con dos acciones judiciales, sin que esto significara que el deudor estuviera obligado a pagar, en definitiva, dos veces.

Es el caso del deudor que aceptaba letras de cambio giradas por el acreedor a su propia orden. El acreedor, a su vez, endosaba esas letras de cambio en garantía a una tercera persona. Si las letras de cambio se perjudicaban en manos de este tercero, por culpa o sin culpa de éste, no se extinguía la obligación primitiva, porque no había existido culpa del acreedor. Y, al no extinguirse la obligación primitiva, el acreedor podía exigir el pago al deudor. A su vez, el tercero, tenedor de los documentos perjudicados, quien los recibió en garantía, podía ejercitar acción por derecho común contra el aceptante, o sea contra el mismo deudor, para el pago de tales documentos.

Hemos consignado el caso de la entrega de letras de cambio por el acreedor a un tercero, en garantía, pues si la entrega se verificaba en propiedad, el acreedor ya habría recibido su importe del tercero y, por tanto, nada tendría que reclamar del deudor.

Otra situación infortunada para el deudor podía presentarse cuando los documentos debían ser pagados por una tercera persona y el deudor, dueño de tales efectos, los endosaba a la orden del acreedor, y éste, a su vez, los endosaba a la orden de un tercero. Si los documentos se perjudicaban en manos de un tercero, el acreedor exigiría al deudor el pago de la obligación primitiva, porque esta subsistiría en razón de que no habría habido culpa del acreedor. El deudor hubiera podido verse obligado a efectuar ese pago.

Pero, al haberse perjudicado los documentos, el deudor que los recuperaba había perdido la acción por derecho de cambio contra su endosante, los endosantes anteriores y los avalistas, y sólo podía accionar por derecho común contra el aceptante, que bien podía ser insolvente.

Y si es verdad que el deudor tenía acción por daños y perjuicios contra el tercero que permitió que los documentos se perjudicaran, también es cierto que habría perdido la acción por derecho de cambio contra todas las personas que intervinieron en los documentos.

En este último caso el deudor no estaba confrontado con dos acciones judiciales, pues se veía obligado a pagar la obligación primitiva al acreedor, sin poder recuperar, en algunos casos, ese importe, no obstante haber sido dueño de documentos suscritos por personas solventes pero que sólo estaban obligadas por derecho de cambio.

Se trata pues de situaciones jurídicas anómalas, en que la obligación primitiva se extingue no sólo cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, sino también cuando ellos son entregados o endosados por el acreedor a terceras personas.

Aquí ya debía haber concluido la regla de protección del artículo 1248 del Código Civil de 1936.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si el acreedor introducía en el mercado los documentos que recibía de su deudor, sea entregándolos en propiedad o simplemente en garantía, esa entrega debía producir los efectos jurídicos del pago de la primitiva obligación.

Antes de estudiar las consecuencias que se derivaban del precepto que comentamos es interesante determinar su naturaleza jurídica.

La realización de los documentos significa su pago. Si los documentos se pagan, se extinguen simultáneamente dos obligaciones: la obligación primitiva, aquélla cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la obligación nueva, aquélla que surgió de los efectos de cambio. El pago tendría la virtualidad jurídica de extinguir dos obligaciones representativas de una misma prestación.

Aquí no se presenta una dación en pago o una novación. Se trata de un simple pago.

La situación es más compleja cuando los documentos se perjudican. Aquí sí se produce novación.

Percíbase con cierta sutileza, sin embargo, que la novación no se opera entre la obligación primitiva, aquélla cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la nueva obligación, aquélla que se creó al entregarse los efectos de cambio, pues la novación supone la extinción de una obligación para dar nacimiento a otra nueva. En la novación, la primera obligación se extingue para crear otra que la reemplaza. En este caso coexisten dos obligaciones. La primitiva, cuya acción quedó entre tanto en suspenso. Y la nueva, la derivada de los efectos de cambio, cuya acción debe ejercitarse. Esta segunda obligación nació sin que se operara la extinción de la primitiva. Y esto no es novación.

La novación sí opera entre la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan los documentos antes de perjudicarse, por una parte, y la nueva obligación que nace de los documentos perjudicados, por la otra. O sea que esta nueva obligación surgida de los efectos de cambio perjudicados, y que tan sólo concede acción por derecho común, extingue simultáneamente dos obligaciones: la primitiva, la que nació originalmente, y la nueva, la que nació con la entrega de los efectos de cambio.

Aclaremos, para concluir este aspecto del problema, que en el supuesto estudiado no intervienen como instituciones diferentes la dación en pago y la novación objetiva, pues ambas figuras se identifican en muchos aspectos.

Dentro de la técnica del Código Civil peruano la dación en pago no constituiría la sustitución de una obligación por otra; consistiría en la entrega de una cosa (o en general la ejecución de cualquier prestación) en lugar de la prestación debida. No crearía una obligación nueva ni sería fuente generadora de obligaciones. Extinguiría definitivamente toda obligación. Sólo la operación que no se consuma inmediatamente, sino que deja subsistente una obligación nueva, constituiría, desde una óptica que no compartimos, una novación por cambio de objeto.

ESTUDIO MARCIAL CASTILLO FREYRE

Nosotros seguimos el criterio de distinguidos autores, influenciados por el Derecho alemán, que ven en la dación en pago una novación por cambio de objeto, obviamente, seguida de pago. No sólo es tentador, sino evidente, analizar a la dación en pago como una novación por cambio de objeto, porque se está en presencia de una obligación que reemplaza a otra.

Por otra parte, también debemos hacer hincapié en la singular importancia que tiene la norma que estudiamos en el campo contractual.

Si los documentos a que aludía el artículo 1248 del Código Civil de 1936 se pagaban a su vencimiento, no se promovía una situación de interés jurídico. Los efectos de cambio habían sido realizados y la obligación, simplemente, se había extinguido.

Muy distintas eran las consecuencias jurídicas que se originaban cuando los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor.

Aclaremos, en primer término, que culpa es la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La culpa supone una conducta negligente del acreedor. Y los perjuicios resultantes de tal conducta negligente le son imputables. Así, sería culpable el acreedor que omitió, por negligencia, el protesto del documento, o que, también por negligencia, dejó caducar la acción por derecho de cambio.

No habría negligencia cuando el acreedor remite el efecto de cambio a un notario para el protesto y éste omite algunas de las formalidades previstas por el artículo 491 del Código de Comercio (hoy artículos 120 y 121 de la Ley de Títulos-Valores). Aquí no habría culpa del acreedor, la culpa sería del notario. Aquí no se habría aplicado la sanción establecida por el artículo 1248 del Código Civil de 1936.

Debe entenderse, por otra parte, que los documentos se perjudican si no son protestados contra todos los obligados por derecho de cambio, o si no se ejercitan dentro del término señalado por la ley, todas las acciones por derecho de cambio que de ellos se deriven.

Tratándose de letras de cambio, por ejemplo, si los documentos eran protestados únicamente contra el aceptante y no contra el girador, o únicamente contra el girador y no contra el aceptante, ellos se habrían perjudicado. Si los documentos eran protestados contra el aceptante y el girador y no se promovía acción por derecho de cambio, en la vía de regreso, contra el girador, dentro del plazo de quince días que preveía el artículo 507 del Código de Comercio (hoy artículos 122 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores), entonces los documentos se habrían perjudicado, aun cuando para el ejercicio de la acción por derecho de cambio contra el aceptante, por la vía directa, dispusiera el tenedor de un plazo de seis meses (hoy ver los artículos 196 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cualquier caso en que se perjudicaran los documentos, aunque sea parcialmente, y siempre que hubiera culpa del acreedor, se producían los efectos jurídicos del pago de la obligación primitiva.

En esos casos no podía pretender el acreedor que quedara sin efecto el pago de la obligación primitiva por el reconocimiento, en vía de diligencia preparatoria, de los documentos perjudicados.

Es propicia la oportunidad para insistir en que la acción por derecho de cambio que se ejercitaba en la vía ejecutiva por mandato de la ley (artículo 509 del Código de Comercio —hoy ver la Ley de Títulos-Valores y el Código Procesal Civil de 1993—-), era de naturaleza distinta a la acción por derecho común que, cuando se recaudaba con documentos perjudicados y reconocidos en diligencia preparatoria, podía también promoverse por la vía ejecutiva.

Y bien, cuando la obligación primitiva había sido garantizada por fianza, prenda o hipoteca, y el deudor entregaba o endosaba a la orden de su acreedor documentos de cambio, y éstos se perjudicaban por culpa del acreedor, entonces se producía el pago de la obligación primitiva y se extinguían todas las garantías personales o reales que se constituyeron para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

En ese caso, el acreedor, tenedor de documentos perjudicados, sólo podía ejercitar acción por derecho común contra el deudor para el pago de los documentos perjudicados. Pero no podía hacer efectivas las garantías que se constituyeron para asegurar la obligación primitiva, porque ellas se habrían extinguido.

Vemos, pues, que la sanción para el acreedor negligente es severa cuando los documentos los acepta, gira o suscribe el deudor, sin intervención de terceras personas, o sea, cuando la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor.

Sin embargo, la sanción es más severa cuando se trata de documentos al portador o a la orden, aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor.

En este caso, si los documentos se perjudican por culpa del acreedor, se entendería efectuado el pago de la obligación primitiva. Pero el acreedor, adicionalmente, habría perdido la acción por derecho de cambio, tanto en la vía directa, contra el aceptante y los avalistas, como en la vía de regreso, contra el librador y los endosantes. Y como el deudor sería endosante de los documentos y, por tanto, sólo obligado por derecho de cambio, quedaría totalmente liberado.

El acreedor únicamente podría ejercitar acción por derecho común contra el tercero, quien aceptó, giró o suscribió los documentos perjudicados. Excepcionalmente, el acreedor hubiera podido ejercitar acción por derecho común, de enriquecimiento indebido, contra el librador de la letra de cambio. Para ello hubiera sido necesario, sin embargo, que concurrieran las circunstancias previstas

EDUARDO MARIO CASTILLO FERRER

por el artículo 511 del Código de Comercio (hoy ver el artículo 206 de la Ley de Títulos-Valores).

La regla del Código Civil de 1936 también tenía trascendencia jurídica tratándose de la prescripción.

Así, en un contrato de compraventa el acreedor tenía acción contra el deudor para el pago del precio estipulado durante el plazo de quince años, conforme al artículo 1168, inciso 2, del Código Civil entonces vigente. Pero si se verificaba la entrega de efectos de cambio, y éstos se perjudicaban por culpa del acreedor, la acción para exigir el pago de estos documentos perjudicados prescribía en el plazo de tres años, a tenor de lo dispuesto por el artículo 961 del Código de Comercio (hoy ver el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil, y sobre caducidad y prescripción los artículos 196 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores).

La situación, en otros casos, podía ser favorable al acreedor.

Si se entregaban efectos de cambio en pago de una indemnización por perjuicios cuya acción, de acuerdo con el artículo 1168, inciso 6 del Código Civil de 1936, prescribía a los dos años, y los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor, la acción para exigir el pago de estos documentos prescribía a los tres años.

Debemos expresar, en conclusión, que el legislador peruano de 1936 incorporó en el artículo 1248 de dicho Código Civil una norma adecuada a la naturaleza jurídica de los efectos de cambio, que constituyen promesas de pago u órdenes de pago.

El texto legal estaba destinado a proteger al acreedor diligente, manteniendo en vigencia la obligación primitiva que se pretendió pagar con documentos que no fueron abonados a su vencimiento. Y a proteger al deudor de la negligencia del acreedor, cuando éste, por su culpa, permitió que se perjudicaran tales documentos.

Pero, debido a la enorme importancia del precepto, a su constante aplicación en las relaciones contractuales, era necesario aclarar su texto a fin de evitar que se desvirtúen los principios que consagraba, y evitar, también, que él constituyera origen de controversias.

Por todo ello, el Código Civil de 1984 ha dispuesto en su artículo 1233 que la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario; y entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva queda en suspenso.

La jurisprudencia nacional[1116] ha señalado sobre este particular que: «En relación con la extinción de la obligación con entrega de títulos valores representados

1116 Casación n.º 348-94. En *Diálogo con la Jurisprudencia,* n.º 33, Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2001, p. 265.

por seis cheques a cargo del banco que no han sido pagados por falta de fondos, como constan de dichos títulos que en original obran [...] los que no surten los efectos del pago, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1233 del Código Civil, numeral que no ha sido aplicado al caso de autos, por cuanto se refiere precisamente a los casos de la entrega de los títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, los que sólo extinguirán la obligación primitiva cuando, habiendo sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubieran perjudicado, salvo pacto en contrario; en el caso de autos, los referidos cheques no fueron pagados por falta de fondos, y no por culpa del acreedor, y que de autos no está acreditado que haya existido pacto en contrario».

De otro lado, los tribunales peruanos[1117] también se han manifestado respecto a este punto en el sentido de que: «En los actos o contratos en que aparezca la entrega de cheques de gerencia, se entenderá producido el pago sólo en la medida en que resulte indubitable la voluntad de quien recibe el título valor de que su sola entrega produce efectos cancelatorios; en consecuencia, los registradores procederán a inscribir de oficio la hipoteca legal respectiva en los casos de contratos de compraventa o permuta en los que en la escritura pública correspondiente no exista indicación inequívoca de que la entrega del cheque de gerencia constituye pago».

Por otra parte, es necesario señalar que en la Exposición de Motivos del artículo 1233 del Código Civil, encontramos que éste se refiere expresamente a los títulos valores que representen un crédito y a que se trate de órdenes o promesas de pago, esto es, a la letra de cambio, al pagaré, al cheque y a los vales a la orden. En la actual Ley de Títulos Valores, Ley n.º 27287, el vale a la orden fue suprimido por su poco uso. Además, en la referida ley se han previsto nuevos títulos valores con ciertas características especiales que aseguran más el crédito, tales como la factura conformada, el certificado bancario en moneda nacional, el certificado bancario en moneda extranjera y los valores mobiliarios: letra hipotecaria, cédula hipotecaria negociable, pagaré bancario y certificado de depósito negociable. Luego tenemos los títulos de tradición: *warrant*, certificados de depósito, vales de prenda, conocimientos de embarque y la carta de porte[1118].

Dicho esto, aclaramos que nuestros comentarios al artículo 1248 del Código Civil de 1936 son de aplicación, *mutatis mutandis*, al artículo 1233 del Código vigente.

Sobre este tema Starck, Roland y Boyer[1119] enseñan que la regla establece que el pago mediante cheque no deberá ser impuesto al acreedor ya que lo expondría al riesgo de insolvencia del deudor (ausencia de fondos) y no le procuraría sino una

1117 Casación n.º 2625-98-Lima.

1118 Sobre este particular, recomendamos al lector la consulta de la obra de Montoya Manfredi, Ulises y Hernando Montoya Alberti. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Lima: Grijley, 2005.

1119 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 87.

satisfacción indirecta. Sin embargo, las partes pueden adoptar por convenio este modo de pago; es lícito que una de las partes declare unilateralmente su voluntad en este sentido; así lo practican los comerciantes que pertenecen a centros de gestión agregados y que anuncian según sea la intención de su cliente, que ellos aceptan el pago mediante cheques.

En ese orden de ideas, Dupichot[1120] señala que el pago puede efectuarse mediante técnicas bancarias, como sería una orden para consignar directamente en la cuenta del acreedor, o bien el envío de un cheque bancario sin que se realice el pago sino cuando el cheque ha sido efectivamente cargado en cuenta. Además, el acreedor es libre de renunciar al pago por cheque, el que sólo es obligatorio en los casos taxativamente enumerados por la ley.

Dentro de lo que denomina como pago con sustitutos del dinero, Antonio Hernández Gil[1121] sostiene que el pago de las deudas pecuniarias requiere siempre la producción de un desplazamiento patrimonial por virtud del cual el acreedor obtiene una cierta cantidad dineraria, desplazamiento que normalmente se traduce en la entrega de las piezas monetarias; pero mientras es rigurosamente indispensable que el acreedor experimente la ventaja patrimonial representada por el ingreso del numerario en su patrimonio, no es, sin embargo, estrictamente necesario que este efecto se consiga mediante la entrega manual de piezas monetarias, pues existen, en tal sentido, ciertos sustitutos que no son de suyo dinero. Por eso, mientras la entrega del dinero da lugar al pago con todas sus consecuencias, la entrega de lo que no siendo dinero en sí, tiende a producir un desplazamiento de numerario, sólo da lugar al pago cuando ese ulterior efecto se haya producido.

Como anota el citado profesor, en España la intervención de los sustitutos del dinero es contemplada y regulada por el artículo 1170 del Código Civil, en sus párrafos segundo y tercero. Dicho Código se refiere ampliamente a «la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles»; y son principalmente en los usos del tráfico los medios utilizados para tal fin: el cheque, la orden de transferencia a la cuenta corriente y la letra de cambio.

A entender de Hernández Gil, la subordinación del pago a la producción del desplazamiento patrimonial se resalta cuidadosamente por la norma legal en cuanto previene que la entrega de los documentos que menciona «sólo producirá los efectos de pago cuando hayan sido realizados». Tanto en el Código Civil peruano como en el español, a la realización se equipara el que se perjudiquen por culpa del acreedor. La realización, además, ha de ser completa, pues de lo contrario no se cumple el requisito de la integridad de la prestación.

Resulta de interés lo dicho por Hernández Gil cuando sostiene que si el pago, de suyo, no está constituido por la entrega de títulos o documentos que representan

1120 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 111.

1121 Hernández Gil, Antonio. *Op. cit.*, pp. 413 y ss.

un derecho a obtener dinero, pero no lo son en sí mismos, hay que concretar cuál es la situación jurídica que se produce en razón de tal entrega. Sostiene que tal situación conduce no a una dación en pago en sentido estricto (*datio in solutum*), sino a la figura jurídica intermedia entre la dación en pago y la cesión del crédito (*cesio pro solvendo*). La prestación consistente en el abono directo del dinero se sustituye por la de su abono indirecto, pero tal sustitución, en el régimen del Código Civil español (que es en este extremo similar al peruano), no da lugar, sin más, a una *datio in solutum*, ya que el efecto propio de ésta es producir *ipso iure*, lo mismo que si fuera el pago, la extinción de la obligación con la consiguiente liberación del deudor. Hay, en cambio —a decir de Hernández Gil—, una cesión (o dación) *pro solvendo*. El crédito incorporado al título se transmite. Pero el efecto extintivo no es coetáneo con la entrega, sino que exige la realización, o bien, que se perjudique por culpa del acreedor. Entre tanto, la obligación primitiva quedará en suspenso, significando ello que el acreedor a quien le ha sido entregado un cheque, una letra de cambio, etcétera, no puede instar el cumplimiento de la anterior obligación, o sea, la efectividad de aquel derecho de crédito, sino que ha de hacer lo conducente para la realización del título de crédito que se le ha entregado. Y si esto tiene lugar, se producen los efectos del pago, quedando extinguidos ambos créditos, o mejor: se extingue el primitivo a virtud de la realización del incorporado al título. Pero agrega Hernández Gil que, si la realización no tiene lugar, cesa la situación de suspensión respecto del crédito derivado de la obligación primitiva y queda colocado el deudor en la posición de incumplimiento.

Es claro para Hernández Gil que nada se opone a que, por virtud del pacto, se excluya la aplicación del principio de que hemos tratado. Así, la entrega de títulos de crédito puede efectuarse con los efectos de una verdadera dación en pago.

Para concluir nuestros comentarios al presente artículo, nos remitimos a la Casación n.º 061-2011-Lima, de fecha 20 de octubre de 2011, que señala, «*Décimo primero*.- Que, lo expresado en los considerandos precedentes no cabe duda que por la propia ubicación del artículo 1233 en el ordenamiento sustantivo, cuando se refiere a la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago no hace sino establecer que la referida entrega es en pago de la obligación primitiva, caso contrario implicaría una novación, para lo cual el artículo 1277 exige expresa manifestación de voluntad, más si el artículo 1279 señala que la emisión, renovación, modificación o cambio accesorio de los títulos valores no produce novación. En tal sentido, compartimos las posiciones doctrinarias de Luis Díez-Picazo de que la entrega instrumental debe satisfacer la deuda sustituyendo la entrega de dinero, e igualmente, de Carlos Cárdenas Quirós en cuanto asevera que la entrega cartular no implica novación de la obligación original pues esta requiere manifestación de voluntad indubitable; supuesto de hecho distinto a la novación que se produce por la extinción de la obligación primitiva y de la obligación cambiaria debido al perjuicio de los títulos valores, lo cual deriva en la acción de enriquecimiento sin causa. En este caso concreto, en modo alguno se

EXTRAVIADO DEL OFERTA

vislumbra la voluntad de novar por parte de Scotiabank del Perú S.A.A., menos aún que la obligación original hubiere sido cumplida lo cual se desprende de los pagarés (emitidos en blanco) y letra de cambio a la vista (girada con arreglo al artículo 228 de la Ley n.° 26702) materia *sub litis* debidamente protestados por falta de pago y de las demandas de ejecución de garantías instauradas por este último contra Promotora del Sol S.A., vale decir, no se efectuó el pago conforme a los alcances del artículo 1220 del Código Civil. En consecuencia, se acierta en las consideraciones de la sentencia de vista cuando se arriba a la conclusión de que los títulos valores materia de la demanda no han sido entregados en pago pues sólo representan la obligación original, situación jurídica ante la cual los demandados tenían expedito su derecho a cobrar lo cual ejercieron en forma legítima vía la ejecución de garantía».[1122]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1122 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 379. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-61-2011-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Consideraciones generales sobre el nominalismo y el valorismo

El tratamiento del nominalismo y el valorismo no sólo por la importancia de estas instituciones sino por su propia naturaleza, requiere, a manera de extensa introducción, la cita previa de calificados juristas que las han analizado prolijamente.

Así, expresa Luis Moisset de Espanés[1123], en una carta dirigida al profesor Omar U. Barbero, refiriéndose al tema del nominalismo y valorismo, que éste ha sido objeto de atención y preocupación para todos los juristas del país, tanto teóricos como prácticos. Abogados, magistrados y profesores han tenido que analizarlo en profundidad y escribir sobre él en sus ensayos, alegatos y sentencias, a punto que a diferencia de lo que decía Ihering de las obligaciones correales —en esa magnífica obra titulada *Jurisprudencia en broma y en serio*— de que podían establecerse dos categorías: los que escribieron sobre ellas, y los que no lo hicieron, aquí hay una sola categoría: todos han estudiado el tema y escrito; se puede decir —según él— que lo escrito es de buena o mala calidad, pero no que nadie haya dejado de opinar, desde distintos ángulos; sin haber estado ausentes ni los procesalistas, ni los constitucionalistas, ni los laboralistas, e incluso los penalistas, por el hecho de que las acciones civiles se ejercen a veces en sede penal.

Las materias que serán analizadas en los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código Civil peruano son las relativas a las obligaciones pecuniarias, aquéllas consistentes en dinero que, a decir del profesor Jorge Joaquín Llambías[1124], es una cosa valiosa a la cual la autoridad pública le ha atribuido la función de unidad de medida del valor de todos los bienes, además de las obligaciones de valor.

1. El nominalismo

Refiere Llambías que antiguamente la sal llenó la función del dinero, de donde viene «salario», que era el estipendio o recompensa dado a los criados por sus amos. Tenía que elegirse como moneda cosas valiosas, es decir, que fuesen deseables por todos y que existieran en cantidad estable: de ahí que de pronto se eligiera como signo de moneda a los metales preciosos, que tenían la ventaja, por su rareza, de concentrar en poco volumen un elevado valor adquisitivo, bastante

1123 Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas.* Córdoba: Víctor P. de Zavalía Editor, 1982, p. 48.

1124 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 180 y ss.

estable, habiéndose empleado, modernamente, simples papeles representativos del valor monetario a que se refieren.

Como enseña Boffi Boggero[1125], la moneda desempeña funciones diferentes.

Desde el punto de vista económico, la moneda es la medida de valores, ya que las cifras que en ella estén expresadas dan la dimensión de riqueza contenida por las cosas. Recuerda Boffi Boggero que Galli, con razón, ha dicho que el valor se mide con dinero, como otras medidas son idóneas para medir el peso y otras el volumen de las cosas. Además de ello —agrega—, la moneda contiene la misma cantidad de valor que mide. Así, si una cosa vale un millón de unidades de moneda nacional, esa suma contiene el mismo valor que la cosa: le es equivalente.

Desde el punto de vista jurídico, la moneda es el instrumento común de cancelar créditos y fija el monto de las obligaciones que la tienen por objeto, computándose en ello la cifra de los intereses debidos, siendo un vehículo de cambio.

A decir de Boffi Boggero, y sin penetrar en sutilezas teórico-económicas, el dinero puede dividirse en tres especies: moneda metálica, moneda de papel y papel moneda.

La moneda metálica se confecciona mediante el empleo de metales nobles como el oro o la plata, en calidad igual al valor que la moneda represente. No obstante, debe destacarse que una moneda de oro contiene partes de otros metales para producir la aleación y, con ella, conferir perdurabilidad a la moneda. La función más importante de la moneda de oro es hoy la de respaldo de la moneda de papel.

Señala el autor citado que aquélla consiste en un título de crédito contra la nación o un órgano bancario nacional por la suma de dinero que el papel establece, y se puede dividir en moneda representativa y fiduciaria. La primera se halla asistida de efectiva garantía en oro, aunque en la práctica el Estado no cuenta con la total cantidad de oro representada por los billetes. La segunda carece de garantía en metálico, pero cuenta con la confianza de su convertibilidad en oro en el momento de su presentación con tal propósito por el tenedor. La mecánica de la vida económica hace que ambas especies de moneda de papel no se distingan en la práctica. Solamente en casos de pánico puede revelarse su diferencia, porque ello supone el reclamo de todos los tenedores acerca del volumen de oro mencionado en el papel.

Agrega Boffi Boggero, por otra parte, que el papel moneda es el dinero emitido sin atribuirle garantía alguna y se halla respaldado comúnmente por el curso forzoso, sirviendo para las transacciones y siendo aceptado incluso por el Estado como pago impositivo.

1125 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 362 y ss.

Y, por último, desde otro punto de vista, anota el mencionado profesor que la moneda puede dividirse entre la que tiene curso legal en el país y la que carece de él.

Por otra parte, resulta ineludible que al tratar acerca del dinero y la moneda nos refiramos al tema de la inflación, el mismo que corresponde, sin duda, al ámbito económico, pero que tiene importantes repercusiones jurídicas. En tiempos de estabilidad monetaria, o sea cuando no hay inflación o cuando ella es poco significativa, el acreedor carece de interés en buscar una norma legal que le permita protegerse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero en periodos de inflación, por el contrario, tratará, asegurando la estabilidad de su contrato, de evitar las consecuencias de tal merma.

La inflación es hoy un fenómeno generalizado en muchas partes del mundo, aun cuando se encuentra relativamente controlada en América Latina. Ella ha agobiado a nuestras naciones y no ha sido ajena al Perú. Y la situación reviste a menudo tal gravedad que el Derecho no puede permanecer indiferente ante un fenómeno que es económico, pero que tiene, sin duda, trascendencia jurídica.

La inflación en el Perú para el año 1988 —por citar un ejemplo crítico— fue de aproximadamente 600 %. Esto quiere decir que los bienes y servicios que en promedio podían adquirirse a principios de enero de 1988 en I/. 1'000,000, costaron, a fines de diciembre de 1988, I/. 7'000,000. Si una persona hubiera entregado en mutuo a principios de enero de 1988 la suma de I/. 1'000,000 (el Inti era entonces la moneda de curso legal y tuvo efímera vigencia) con la tasa máxima de interés del 120 % al año, hubiese cobrado a finales de diciembre de 1988, por capital e intereses, I/. 2'200,000. El acreedor habría obtenido la restitución de su dinero sin frutos y con un poder adquisitivo descomunalmente diminuto. En el caso propuesto parece obvio que nadie hubiese entregado en mutuo el millón de intis en las condiciones señaladas. Vemos, pues, cómo la inflación, el más perverso de los impuestos, todo lo altera. Baste recordar que durante el quinquenio 1985-1990 la inflación acumulada en el Perú llegó a la espantosa cifra de aproximadamente 2'000,000 %.

¿Pero tiene el Derecho mecanismos que permitan superar la absurda situación planteada? El problema corresponde ser dilucidado por las denominadas teorías nominalista y valorista.

Según la clasificación de Nussbaum, citado por Busso[1126], las deudas que en una u otra forma tienen por objeto una cantidad de moneda son las siguientes:

(a) Deudas pecuniarias, que, a su vez, se clasifican en (a.1) deuda pura de dinero o deuda de cantidad; y (a.2) deuda de moneda determinada.

1126 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 220 y ss.

(b) Deudas monetarias, que se subdividen en (b.1) deuda monetaria genérica; y (b.2) deuda monetaria específica.

(c) Deudas de moneda como cosa determinada.

Así, a entender de Busso —en criterio que compartimos—, si la convención por la que se promete una suma de dinero no contiene especificación alguna por la cual el vínculo queda referido a un signo monetario determinado, la deuda es pura de dinero.

Refiere Busso que la deuda de moneda determinada es una variante de la obligación pecuniaria, y se configura cuando en una convención se establece que solamente pueden utilizarse para el pago determinadas especies de los signos monetarios pertenecientes al sistema imperante, siendo las más usuales: la deuda en moneda de oro, la cláusula de oro o la cláusula valor oro, la deuda en moneda extranjera con garantía de determinado cambio, etcétera. Concluye el mismo autor en que la deuda de moneda determinada reviste una doble naturaleza, pues combina los caracteres de las deudas de cantidad y de las obligaciones de prestación de cosa, en virtud de lo cual se las ha llamado «deudas de dinero mixtas» o «deudas calificadas», pero de cualquier manera son siempre deudas de dinero, y así, por ejemplo, una venta no se convertiría en permuta por el hecho de que el precio se fijara en moneda determinada.

Anota Busso que frente a las deudas pecuniarias, Nussbaum sitúa otros dos tipos de deudas, que en algún modo tienen a la moneda como objeto, pero que se rigen por principios diferentes a los ya considerados. Por una parte, las «deudas monetarias», y, por otra, las deudas de «moneda como cosa determinada». Agrega Nussbaum que la deuda monetaria tiene por objeto principal, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios), y puede revestir dos formas: genérica y específica. La deuda monetaria genérica se da, por ejemplo, cuando en tiempo de moneda sana, pero con escasez pasajera de un signo determinado, se comprometiese una persona a entregar determinada cantidad de moneda de ese signo. La específica, conocida ya en el Derecho romano, existe, por ejemplo, cuando alguien se obliga a entregar las monedas contenidas en tal arca.

Agrega Busso que la deuda de moneda-cosa cierta comprende determinadas piezas o signos, prescindiendo de que ellos pertenezcan a un sistema monetario y de que tengan un valor de circulación o adquisición. Es lo que ocurre cuando una moneda, por ejemplo, interesa como objeto de colección.

En opinión de Busso, la clasificación de Nussbaum resulta excesivamente complicada y sutil. En especial, no le parece lógico referir el concepto de deuda de moneda determinada en forma indistinta, sea a la indicación de una moneda de pago o a la indicación de una moneda que sirva para medir el objeto de la deuda, pues si se indica moneda de pago, pareciera que la obligación no sería ya «pecuniaria» sino «monetaria».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos expresar que la tesis nominalista, de antigua raigambre, tiene su expresión más significativa en el artículo 1895 del Código Civil francés. Ella responde al principio de que no obstante la fluctuación del valor de la prestación debida, entre la época en que se contrajo la obligación y la época de su cumplimiento, debe mantenerse intangible el monto numérico de dicha prestación, esto es, la suma original, en tal forma que el deudor se libere entregando la misma cantidad de unidades a las que inicialmente se obligó. El deudor sólo pagaría la suma numérica expresada en el contrato, sean cuales fueren las fluctuaciones en el valor de la moneda.

En una carta dirigida a Pedro N. Cazeaux[1127], Luis Moisset de Espanés le decía que una vieja máxima romana expresa *de minimo non cura praetor*, y el aserto tiene una gran dosis de verdad, ya que ni el juez ni el jurista, ni las propias partes suelen ocuparse de los hechos que causan un daño pequeño, y en sentido similar, los «pequeños contratos» de la vida cotidiana no suelen llamar nuestra atención y, cuando en fecha reciente algunos se interrogan por su validez, incluso en el caso en que son celebrados por personas carentes de discernimiento, no suelen advertir que sólo son válidos en cuanto el daño que pueden ocasionar es mínimo.

Y luego le expresa:

> Quizás usted me pregunte: ¿qué tiene que ver esa introducción con el reajuste por depreciación monetaria? Muy sencillo, el nominalismo ha podido aceptarse por la doctrina y la jurisprudencia, mientras el cambio de valores era mínimo; en esas circunstancias resultaba inadmisible provocar un litigio para corregir diferencias ínfimas. Las pequeñas alteraciones que puede sufrir una moneda "estable" no justificaban desgaste jurisdiccional, y sólo cuando excepcionalmente una moneda padecía graves deterioros se alzaban algunas voces enjuiciando el nominalismo, y recordando que la función del intérprete debe estar presidida por la búsqueda del valor "justicia", que en el caso concreto exigía correcciones de "equidad". Pero los más se aferraban a la "seguridad", que parece ofrecer el nominalismo, y sólo aceptaban a regañadientes que se corrigiesen las sumas debidas cuando el cambio había sido brusco e "imprevisible", por la aplicación de teorías derivadas de la *rebus sic stantibus* [...].

Agrega Moisset de Espanés que el siglo XIX, culminación de lo que podía llamarse Edad de la Razón, trae consigo en el terreno jurídico el predominio del positivismo, mientras que en las ciencias de la naturaleza se procura medirlo todo con exactitud —y se tiene el convencimiento de lograr éxito en ese esfuerzo—, buscándose entonces el establecimiento de «unidades» fijas de medida que tengan carácter universal para facilitar el trabajo del científico: el gramo, el litro y

1127 En Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas. Op. cit.*, pp. 56 y ss.

el metro, son exponentes de este esfuerzo, y en la Oficina de Pesas y Medidas de París se deposita el «metro-patrón», de platino-iridio, cuarenta millonésimava parte del meridiano terrestre, símbolo de los logros y conquistas obtenidos por la inteligencia humana.

Continúa diciendo Moisset de Espanés que en materia económica se cree poder también lograr unidades de medida estable, en las monedas metálicas, y que esas unidades de valor puedan servir de medios jurídicos de pago, ajustándose al principio «nominalista». Precisa que no debe olvidarse que la justicia —tanto la conmutativa, como la distributiva—, al exigir que se dé a cada uno lo suyo, lo que tiene en cuenta son los «valores» que se han de dar y la moneda no es un fin en sí misma, sino un medio técnico ideado por el hombre para «medir esos valores». Puntualiza que el «nominalismo dinerario» puede lograr la consagración de soluciones justas por la vía de la seguridad, siempre y cuando la moneda sea estable, o sus variaciones sean pequeñas, de manera que puede repetirse aquello que *de minimo non cura praetor*; pero si el dinero deja de ser una unidad de medida de los valores, si pierde su estabilidad, la aplicación de principios «nominalistas» —por más que se invoque una pretendida «seguridad» jurídica— sólo podrá traer como consecuencia las más flagrantes violaciones al supremo valor justicia, que es el fin primordial del Derecho.

Recuerda el citado profesor que en el curso del siglo XX el primer y gravísimo impacto provocado por una moneda que ha dejado de servir como «unidad» para medir los valores económicos se produce en Alemania, después de la Primera Guerra Mundial, razón por la cual aparecen también allí los estudios de Nussbaum y de muchos otros juristas que buscan por diversos medios atender a esa nueva realidad económica: el nuevo «dinero» tiene una naturaleza distinta de aquella otra cosa, a la que los legisladores habían llamado «dinero»[1128].

1128 Según Moisset de Espanés, en tal orden de ideas, las teorías de la presuposición, de la base del negocio, el resucitar la vieja cláusula *rebus sic stantibus* o forjar la teoría de la imprevisión son ejemplos del esfuerzo que realizan los juristas por atender los problemas que origina la distinta naturaleza que tiene ahora esa creación del hombre, a la que se sigue llamando «dinero», pero a la que se le ha dado un contenido fáctico substancialmente distinto. En esta búsqueda de herramientas técnicas, de carácter jurídico, que permitan dar una solución justa a los problemas económicos que crea esta nueva realidad, se traza la sutil distinción entre las «obligaciones de dinero» y las «obligaciones de valor», distingo que las más de las veces es artificioso, aunque haya prestado utilidad —en algunos casos— para lograr la justicia. Así, quienes sostienen la naturaleza «ontológica» de la distinción olvidan que en la mayoría de los casos el «dinero» no es un fin en sí mismo, sino que con él se procura medir «valores» y, en consecuencia, las obligaciones «dinerarias» también son de «valor». Sólo serían «dinerarias puras», aquéllas en que la moneda se tomase como mercadería, que constituye un «fin» en sí misma, y por eso no ha faltado un autor que sostuviese que sólo quedaría en la categoría de obligaciones dinerarias el mutuo de dinero. Y aun en este caso cabría preguntarse si las partes entendían dar a esas monedas el trato de una mercadería, o si el interés primordial era el obtener las ventajas que representa disponer del «valor de ese dinero».
Por último, dice Moisset de Espanés que por eso también la categoría de las «obligaciones de valor» fue ensanchando paulatinamente su base e incorporando a su «nómina» numerosos casos que en un primer momento habían recibido el trato de obligaciones dinerarias.

Para Llambías[1129], son obligaciones de dinero las que desde su origen tienen por objeto la entrega de una suma de dinero. El dinero es la moneda autorizada por el Estado, y añade que las obligaciones de dinero tienen enorme importancia, siendo de aplicación cotidiana en la vida de las personas los contratos de compraventa, locación de cosas, de servicios o de obra, mutuo o préstamo de consumo, renta vitalicia, etcétera, que engendran obligaciones de esta clase, en tanto que en el ámbito mercantil, las deudas de dinero son frecuentes a través de operaciones de cambio con base en letras, pagarés, etcétera, nutriéndose todo el comercio con las obligaciones pecuniarias.

Agrega Llambías que, por otra parte, el objeto de estas obligaciones es el dinero, que si bien no satisface por sí mismo necesidad humana alguna, tiene, indirectamente, la virtud de satisfacer cualquier necesidad posible, pues con el dinero se adquieren los bienes aptos para satisfacer las necesidades humanas y, consiguientemente, el poseedor del dinero descansa en la creencia general que mueve a cada uno a recibirlo con gusto por su valor; cierto de que los demás lo recibirán por el mismo valor. Este acuerdo general supone la intervención del Estado en la elección de la substancia de que debe ser hecha la moneda, explicando todo ello la importancia que tienen las obligaciones de dinero.

Para Llambías no son obligaciones de valor, sino deudas de dinero, las relativas a seguros o rentas vitalicias, a indemnizaciones tarifadas legalmente, a la restitución de pagos indebidos satisfechos en dinero y al precio en la compraventa.

Estas obligaciones son tratadas por Enneccerus, Kipp y Wolff[1130], cuando sostienen que quien promete una cantidad de tantos o cuantos marcos o coronas no promete pagar precisamente en piezas de marco, en piezas de corona, sino que sólo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural, en dinero.

Como expresa Jorge Eugenio Castañeda[1131], las prestaciones pecuniarias, de dinero, son las más importantes, a tal punto que todas las otras prestaciones pueden ser sustituidas por las de capital.

Según Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1132], el nominalismo es un principio que ha tenido vigencia casi universal y se le puede sintetizar diciendo que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma.

1129 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 169 y ss.

1130 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 36.

1131 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 15 y ss.

1132 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Inflación y actualización monetaria*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981, pp. 40 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Precisan los profesores citados que esta teoría se funda en la premisa de que los valores nominal y real siempre coinciden, y cuando esa ficción choca con la realidad económica no puede servir de base a soluciones justas.

Recuerdan que suele decirse que el nominalismo puesto a elegir entre los valores «seguridad» y «justicia», se inclina por el primero. Los citados profesores consideran incorrecto establecer una contraposición entre seguridad y justicia, puesto que la justicia es un valor fundante, mientras que la seguridad es un valor fundado. Aquél es un *prius*, éste un *secundus*; rango preferente y rango secundario, respectivamente, razón por la cual entre uno y otro valor debe darse prioridad —sin vacilaciones— a la justicia. Agregan que la «seguridad» que brinda el «nominalismo» es sólo aparente, puesto que lo único seguro es el «número» de moneda que se va a recibir, pero en épocas de inestabilidad económica esa suma puede representar valores muy cambiantes, lo que significará un sacrificio económico completamente distinto del que realmente las partes pretendían efectuar o recibir. Y, en consecuencia, el valor de las prestaciones se torna completamente inseguro para las partes, por lo que se suele ver en épocas de deflación que el nominalismo impone al deudor cargas gravísimas, lo que suele exigir la intervención del legislador, y la adopción de moratorias, la revisión de los contratos y otras medidas que alivien las deudas; mientras que en épocas de inflación el acreedor jamás estará seguro de si la suma que se le ha de entregar compensará los sacrificios económicos que ha efectuado como contraprestación.

Expresan los autores citados que la inflación, uno de los males más graves de los tiempos en que vivimos, carcome paulatinamente la base económica de los Estados, inclusive de aquellos a los que podemos denominar desarrollados, trayendo aparejadas consecuencias injustas. Y la moneda, cuya función principal es la de ser una medida de valor de bienes, deja de serlo: es un metro cada vez más corto y al que los particulares, al tiempo de contratar, miran con indisimulable y creçiente desconfianza, preguntándose: ¿cómo podría un químico, que debe efectuar un delicado pesaje de substancias para preparar una fórmula, emplear medidas de peso que continuamente están variando?: ¡El resultado sería un brebaje diabólico, que podría envenenar al mismo que lo prepara!

Según Banchio[1133], de las diversas clases de valor que se predican del dinero —valor intrínseco, valor nominal y valor de cambio—, la teoría nominalista, aceptada por la casi totalidad de las legislaciones contemporáneas, refiere en definitiva el valor del dinero, a los fines del tráfico jurídico, a la cifra numeral inscripta en el respectivo signo, moneda o billete, es decir al valor nominal que le atribuye el Estado, sea cual fuere el valor real o poder adquisitivo de dicho signo.

Refiere Banchio que esta concepción monetaria disociada del valor intrínseco o metálico ha sido reconocida a través de los siglos con el nombre de nominalismo,

1133 Banchio, Enrique Carlos. *Obligaciones de valor*. Buenos Aires: Lerner, 1975, pp. 64 y ss.

término que en la filosofía escolástica era empleado como antitético de realismo, aunque su aplicación en el orden monetario no resulte del todo apropiada, por cuanto la referencia al *nomen* de la moneda no es precisamente la idea contenida en su concepto, razón por la cual se propone con mayor exactitud la designación de numeralidad, toda vez que lo esencial en el signo monetario es su relación numérica con la unidad, idea que sirve para el cálculo; y más que a la idea de valor se refiere esta teoría a la de la igualdad matemática y nominal, expresada en la tan conocida fórmula: una unidad de moneda nacional = una unidad de moneda nacional.

Anota Banchio que la trascendencia práctica del principio nominalista, al proyectarse sobre las obligaciones dinerarias, da como inexorable resultado que siempre ha de satisfacerse la hecha, con prescindencia de cualquier variación del contenido metálico o del poder adquisitivo de la moneda que se hubiere producido entre la época de la constitución y la del cumplimiento de la obligación, por lo que se ha dicho que todo el curso de la vida de la obligación queda inserto en el principio nominalista y que la cantidad, numeralidad, enunciada en la deuda, expresa de un modo inmutable el contenido de su prestación. En consecuencia, la obligación dineraria podrá ser cumplida con la entrega de signos monetarios desprovistos de valor intrínseco, con el solo requisito que tengan poder cancelatorio y sean dados en igual cantidad que la debida.

Señala el citado jurista que, conforme a las necesidades e imperativos de cada época, se han esgrimido distintos fundamentos de esta doctrina, que a la postre responden a otras tantas concepciones sobre el valor nominal o abstracto del dinero. En tal orden de ideas, el principio nominalista proclama que el único fundamento del valor de la moneda es el que emana de la ley. Es el poder público, que en ejercicio de su soberanía asigna a su arbitrio el valor del dinero, acuñando su sello en cada pieza, sea ella metálica o meramente representativa como el papel moneda.

Para Uribe Restrepo[1134], la teoría estatal de la moneda, esbozada por Knapp a principios del siglo XX, constituye el fundamento de la doctrina nominalista. Según Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, la teoría de Knapp descansa sobre dos pilares: (1) la unidad básica de valor es fijada arbitrariamente por el Estado; y (2) los medios de pago para el cumplimiento de las obligaciones son «cartalísticos» y su valor está determinado por las leyes que prescriben su uso. Son las normas legales el factor determinante de la moneda y no el material que lo conforma.

2. El valorismo

La teoría valorista, por su parte, determina que el deudor se libere mediante el pago de un número de unidades con un poder adquisitivo equivalente al de aquel

1134 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Temis, 1984, pp. 27 y ss.

que se convino en origen; es decir, que se mantiene el monto de la deuda en valores constantes.

Moisset de Espanés[1135], en carta dirigida al profesor Fueyo Laneri, enseña que, aunque con frecuencia se ha dicho que la inflación es un fenómeno de nuestro siglo (se refiere al siglo xx), por la agudeza con que se ha presentado, y su difusión casi universal, un análisis retrospectivo del problema nos permitirá observar que desde que hay moneda la desvalorización del signo monetario ha sido casi una constante. Siempre que se elegía una cosa como «símbolo» de valor económico, una reacción psicológica muy difundida, casi podríamos decir propia de la naturaleza del ser humano, impulsaba a numerosos individuos a buscar la forma de «producir» o conseguir esas cosas, para aumentar su riqueza personal, acumulando en sus manos valores de cambio. Si se trataba de ganado, *pecus*, se procuraba multiplicar los rebaños; si eran objetos raros o metales preciosos, descubrir yacimientos o minas; y el incremento de la moneda (hoy se diría «circulante»), traía como consecuencia su depreciación, sólo detenida por una epidemia (en el caso del ganado), o el agotamiento de los filones, mientras no se encontraban nuevos yacimientos.

Como ejemplo, Moisset de Espanés recuerda los tesoros de oro y plata que se consiguen en el Nuevo Mundo y que se vuelcan sobre Europa, y luego se dilapidan en guerras como la de Flandes, provocando una desvalorización constante de las monedas europeas y, en especial, del dinero español, aspectos que Jaime Luis y Navas ha estudiado con versación en una serie de artículos publicados en revistas especializadas.

En lo relativo al nombre de la institución (el valorismo), señala Banchio[1136] que cada una de las instituciones del Derecho requiere una designación propia que denote con la mayor exactitud posible la naturaleza específica del fenómeno que pretende referir y que haga posible su individualidad en la esfera de las disciplinas jurídicas; y con relación al tema en estudio, no existe uniformidad en cuanto a su designación, si bien los distintos nombres que se emplean aluden indiscutiblemente a los mismos conceptos. Agrega que a pesar de que la literatura doctrinaria y jurisprudencial ha utilizado con mayor frecuencia la nomenclatura de deuda de valor, él prefiere, en cambio, la designación de obligaciones de valor, entendiendo que con ella se hace referencia a la relación jurídica obligacional completa, incluyendo —por lo tanto— a los dos polos opuestos que la integran: el crédito, de un lado, y la deuda, de otro.

Anota el citado profesor que la obligación será de valor cuando su prestación no esté integrada por dinero, tomado éste en su función de tal, aunque su cumplimiento exija, a la postre, el pago en dinero de aquello que es debido. No se

1135 Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas. Op. cit.*, pp. 37 y ss.
1136 Banchio, Enrique Carlos. *Op. cit.*, pp. 95 y 96.

debe dinero, se debe un valor. Apunta Banchio que esto —como afirma Hernández Gil—, por un lado, nos aleja del dinero: se debe un valor, no dinero; pero, por el otro, nos acerca al dinero, pues el valor entraña un punto de vista desde y sobre el dinero; precisa luego que la mera circunstancia de no deberse dinero no es suficiente para definir el concepto de la deuda de valor, ya que si se tratara, por ejemplo, de una obligación de dar una cosa cierta, la prestación no sería de dinero, pero tampoco sería de valor, aunque resultaría susceptible de convertirse en ella, si el acreedor debiera recurrir a la ejecución por vía de indemnización.

Precisa Banchio que el objeto de la prestación, entonces, no está integrado por una determinada suma de dinero, sino por un valor que necesariamente tendrá que ser expresado en una cantidad de numerario, siendo el dinero sólo el medio al cual debe recurrirse para hacer posible la satisfacción de la utilidad o beneficio comprometido por el deudor y que se traduce en numerario a través de una liquidación, sin que la moneda en sí misma constituya o integre el objeto de la prestación debida. Y agrega que, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones de numerario, donde el dinero que constituye su objeto debe ser entregado en pago sin necesidad de liquidación alguna, en las obligaciones de valor, su cumplimiento sólo es posible a través de una previa estimación pecuniaria de dicho valor, cuyo monto definitivo debe adecuarse al poder adquisitivo que la moneda tenga al momento de la extinción, desempeñando el dinero, en este caso, una simple función valorativa en virtud de la cual se determina el *quantum* de la utilidad que deberá satisfacer el deudor.

Para Jorge Joaquín Llambías[1137], la deuda de valor se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes que solventarán la deuda entregando dinero, y el deudor solventará la deuda entregando dinero, que es el común denominador de todos los bienes; pero como él no era un deudor de dinero, sino del valor correspondiente a los bienes en cuestión, hasta tanto sobrevenga el acuerdo de las partes, o la sentencia judicial que liquide la deuda y determine cuál es la cantidad de dinero que deberá aquél satisfacer al acreedor, su obligación será una deuda de valor, que sólo pasará a ser una deuda de dinero luego de practicada esa determinación.

Anota Llambías que la distinción expresada es fundamental y constituye un arbitrio para mantener la paridad de las prestaciones recíprocas, salvando la justicia conmutativa, en tiempos de intensa inflación monetaria, pues la deuda de dinero es insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, debiendo satisfacerse con la misma cantidad de ella fijada originariamente, salvo previsión contractual en contrario. En tanto que la deuda de valor, por el contrario, toma en cuenta tales variaciones, porque en ella el objeto debido es una utilidad a que el acreedor tiene derecho, la cual ha de medirse en los términos monetarios que correspondan al momento de la liquidación de la deuda; la cuestión consiste,

1137 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 170 y ss.

entonces, en saber cuánto vale, en dinero, cierto bien del que ha sido privado el acreedor, estando ese valor dado por la comparación que se haga con la moneda nacional, al tiempo de la liquidación que se practique de la deuda, por contrato o por sentencia; y sólo después de efectuada y consentida esa liquidación queda cristalizado el objeto debido y resulta convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1138], que el valorismo, según Hirschberg, «[...] es una moderna corriente de opinión que sostiene que la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas».

Precisan los profesores citados que la doctrina del valor de cambio, a diferencia del nominalismo, enfatiza en forma muy especial el poder adquisitivo de la moneda.

Recuerdan que esta doctrina comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, gracias al impulso de uno de los más grandes juristas de todas las épocas, Savigny, quien apartándose de las concepciones metalista y nominalista, consideró al dinero como poder adquisitivo abstracto, razón por la cual la moneda no tiene más valor que aquél que ella consigue imponer y que es la resultante del conjunto de factores económicos que trasuntan el estado del país correspondiente.

Así, el valorismo adquirió jerarquía normativa en ciertas legislaciones, en épocas de graves crisis económicas, procurándose, de esta manera, poner coto a una serie de situaciones aberrantes que se suscitaban en plena posguerra; sin embargo, su irrupción en el terreno legislativo tuvo carácter excepcional, pues una vez superado el problema que dio origen a los fenómenos hiperinflacionarios sufridos, merced a planificaciones celosamente cumplidas, se retornó al nominalismo antes imperante.

Según Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, el fenómeno que relatan es muy distinto al que se ha presentado en los países de Latinoamérica, que han terminado consagrando total o parcialmente el sistema valorista. En ellos la inflación aparece como un mal crónico, difícilmente superable a corto o mediano plazo, y que debe ser contemplado en cuanto a sus proyecciones jurídicas se refiere; y el legislador no quiso permanecer al margen de la realidad y reguló normativamente las incidencias de la inflación en la vida económica.

A entender de los profesores citados, la doctrina del valor de cambio armoniza mejor con la voluntad de las partes al tiempo de contratar, ya que éstas, lejos de pretender una suma nominal, procuran adquirir un valor que represente cierto poder adquisitivo; pero recuerdan que, sin embargo, autorizadas voces se han

1138 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, pp. 47 y ss.

levantado contra esta tesis, esgrimiendo distintos argumentos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

(a) Suele decirse que el valorismo no sólo no ataca a la enfermedad, sino que, además, se convierte en «un factor autónomo agilizante del mal», toda vez que genera «inflación de arrastre» durante el tiempo que se mantengan las causas generadoras; por lo que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos replican que el valorismo no pretende atacar las causas de la inflación, sino que representa simplemente una forma de medir el envilecimiento del signo monetario y su incidencia en las prestaciones debidas; y es sólo eso y nada más que eso.

Además —sostienen dichos profesores—, las causas que genera la inflación pueden ser atacadas por distintos medios, tales como el incremento de la producción nacional y la disminución de la emisión incontrolada de dinero para cubrir el creciente gasto público con cualquiera de sus manifestaciones. No creen ellos que sea justo reprochar al valorismo el omitir dar soluciones a un problema que ha desvelado a ilustres economistas y del que sólo pretende enfocar algunas de sus consecuencias. No les parece razonable, tampoco, atribuir a la actualización por depreciación monetaria el efecto de ser un factor generador de nueva inflación, pues consideran que la inflación no surge sino en virtud de causas económicas, bien conocidas por todos, y solamente atacando en forma decidida las causas, podrá ser superada.

(b) Consagrar el valorismo judicial implicaría «institucionalizar» la inflación, aceptando dicho flagelo como mal endémico y no erradicable.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos creen que tal crítica sólo puede provenir de un enfoque erróneo del problema, pues consideran que no es factible atribuir a la tesis valorista las culpas que mutuamente deben asumir todos los ciudadanos de un país, por haber permitido que la inflación se convierta en lo que muchas veces es: un mal endémico (del cual el ejemplo más ilustrativo es, sin duda, el de la Argentina de los años setenta y ochenta del siglo XX).

En opinión de los profesores citados, el falso temor de admitir legislativamente el carácter crónico de este mal presente no condice con la necesidad social y económica de velar por la protección amplia del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.

3. El devenir histórico del tema en el Perú

¿Pero cuál ha sido el tratamiento legal de esta materia en el Perú?

El Código Civil peruano de 1852 se apartó, en su artículo 1817, de su modelo francés, y adoptó la teoría valorista al disponer en su primer párrafo lo siguiente: «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo».

Cincuenta años después, el Código de Comercio del Perú permitió el pacto valorista en la última parte del primer párrafo de su artículo 307, al establecer que «Consistiendo el préstamo en moneda legal o corriente, pagará el deudor devolviendo en moneda legal y corriente una cantidad igual a la recibida; salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que haya de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que experimentare su valor, será en daño o en beneficio del prestador».

Conviene observar, sin embargo, que la norma del Código Civil de 1852 se instaló en el título sobre el contrato de mutuo, y que el artículo 307 del Código de Comercio se refiere al préstamo mercantil. Como no sólo en los contratos de mutuo o préstamo mercantil existe el desplazamiento diferido de sumas de dinero, cabía una duda de interpretación: o el legislador aplicaba privativamente esos preceptos a los contratos de mutuo y a los préstamos mercantiles, o ellos irradiaban a toda la legislación peruana.

Problema similar se suscitó al promulgarse el Código Civil peruano de 1936. El legislador estableció en el título del pago —artículo 1249— las normas relativas a las obligaciones en moneda extranjera, a las que luego nos referiremos. Pero insistió en consignar en el título del mutuo —artículo 1581— reglas referentes al pago de sumas de dinero.

Tanto el texto como la ubicación del artículo 1581 citado eran inadecuados[1139].

Si analizamos ese texto conjuntamente con el artículo 1584 del propio Código, podríamos concluir que el artículo 1581 consagraba en forma poco clara e imprecisa la tesis nominalista. En efecto, esta norma establecía que: «El pago de las deudas

1139 Esto llevó —a mediados de los años setenta— a Eduardo Olaechea du Bois (Olaechea du Bois, Eduardo. *Inflación y Derecho*. Lima: 1975, pp. 59-62) a afirmar lo siguiente: «En todo caso, el análisis comparativo de los textos pertinentes del Código derogado [se refiere al de 1852] y del vigente [de 1936] permite extraer una conclusión singular: ni la ley anterior tenía consecuencias totalmente valoristas, ni la ley actual es completamente nominalista.
En efecto, el artículo 1817 del Código anterior, no obstante su pronunciada inclinación valorista, en la práctica no tenía los resultados que generalmente se buscan al pactar la "cláusula oro" o "valor oro", porque establecía simplemente que si se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si sufría alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, el mutuatario estaba obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.
Según se sabe, el objeto de la cláusula oro, u otra semejante, es precaverse de las depreciaciones monetarias pactando la devolución, en moneda circulante, del valor actual, del oro o la especie pactada, esto es, el día del pago.
Paradójicamente, el Código Civil vigente [el de 1936] que adopta francamente el sistema nominalista en su artículo 1581, siguiendo a la Ley # 7526 sobre curso forzoso, permite la cláusula valorista "moneda extranjera" en su artículo 1249, conforme al cual la deuda en moneda extranjera se paga en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago».

de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal». Y el artículo 1584 agregaba: «Es nulo el contrato de mutuo en que se supone percibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su cantidad y circunstancias».

La ubicación del artículo 1581 también ofrecía dificultades. En primer lugar, porque las obligaciones de dar sumas de dinero no son privativas del contrato de mutuo y, segundo, porque el lugar en el que se situó el precepto determinó que pudiera haberse interpretado que la ley peruana —basándose en la autonomía de la voluntad— permitía la adopción del principio valorista en todas las obligaciones de dar sumas de dinero, excepto en el contrato de mutuo.

Difícil tarea tuvo la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código actual de 1984, para dilucidar cuestión tan delicada. ¿Convenía —nos preguntábamos— volver al principio valorista del Código de 1852 o debía mantenerse el principio nominalista del Código Civil de 1936? ¿Era correcta la ubicación de los preceptos en el contrato de mutuo, o más bien ellos debían consignarse conjuntamente con las reglas sobre el pago?

Ante estas tesis contrapuestas —nominalismo y valorismo—, debe reconocerse que la posición nominalista se inspira en el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal que se encuentra profundamente arraigado en la conciencia colectiva. Incluso, la Constitución del Estado de 1979 encomendaba expresamente al Banco Central de Reserva del Perú la defensa de la estabilidad monetaria. Este precepto ha sido reiterado por la Constitución de 1993, en el segundo párrafo del artículo 84 del Capítulo V, referido a la moneda y banca. Por otro lado, la posición nominalista recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por la ley y que su poder liberatorio, salvo autorización expresa de la propia ley, no debe estar sujeto a pactos entre particulares, pactos éstos que en definitiva pueden contribuir a deteriorar su valor.

Explicaba Manuel Augusto Olaechea —autor del Proyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1936— que la razón jurídica que sustenta la tesis nominalista radica en el hecho de que el Estado es el señor efectivo del tráfico monetario, que la moneda es una expresión estatal y que el derecho del Estado para regularla ha sido siempre indiscutible. Agregaba Olaechea que ningún gobierno declara por placer la desvalorización de la moneda, sino que ello ocurre por causa de calamidades de orden financiero. Razones de solidaridad —añadía— están por encima de todas las voluntades y determinan que tales devaluaciones deban soportarse y que nadie pueda sustraerse a ellas.

Por otra parte, se cuestiona la fórmula valorista alegando que la actualización de una deuda pecuniaria no siempre conduce a situaciones equitativas y que, ante las depreciaciones o devaluaciones de la moneda, son las clases necesitadas quienes más sufren. Se afirma, también, que no parece razonable, en este orden

EDICIÓN DE FRANCISCO CASTILLO FREYRE

de ideas, adoptar fórmulas jurídicas que, como el sistema valorista, podrían abrir las puertas para que de modo irrestricto se haga recaer todo el peso de la depreciación o devaluación de la moneda en los más débiles. Finalmente, se dice que la adopción del sistema valorista podría conducir a extremos peligrosos, pues deudores inexpertos pueden quedar a merced de agiotistas despiadados y que, por lo tanto, no resulta aconsejable consagrar una norma que reconozca permanencia perenne al problema inflacionario.

La tesis nominalista, sin embargo, adolece de serias imperfecciones. Puede aducirse válidamente, a favor de la teoría valorista, que el nominalismo se presenta indiferente ante el caos de los signos fiduciarios; que el legislador puede atribuir a su moneda un valor legal, pero que no puede, en ningún caso, otorgarle un valor económico por encima de la realidad; y que, en consecuencia, no es admisible obligar al acreedor a recibir monedas por el nombre que les da el Estado y no por su esencia.

Fue teniendo en consideración los aspectos positivos y negativos de ambas teorías que el Código Civil de 1984 optó, en su artículo 1234, por mantener el principio nominalista, al establecer que «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».

Sin embargo, a diferencia del Código anterior, de 1936, admitió en el artículo 1235 la tesis valorista, al prescribir en su primer párrafo lo siguiente: «No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante», además de haber regulado a las deudas de valor —propiamente dichas— en el artículo 1236.

Cabe recordar, por lo demás, que la consagración del valorismo como norma legislativa —con rango de ley— tenía gran importancia a principios de la década de los ochenta —precisamente cuando se estaba en la etapa final de elaboración de lo que más tarde sería el Código Civil de 1984—, ya que acababa de concluir un periodo muy difícil, lleno de restricciones a las operaciones con monedas extranjeras, que fue precisamente lo que ocurrió durante el último Gobierno militar, en especial en la denominada Primera Fase de Juan Velasco Alvarado (1968-1975), en la que había penas de multa altísimas y hasta prisión por la simple tenencia de moneda extranjera.

Con estas reflexiones queremos señalar que se contempló las normas de carácter valorista con la finalidad de liberalizar la economía del país y de encasillar a cualquier Gobierno futuro —que tuviera pretensiones intervencionistas—, a fin de que si quisiera prohibir o restringir la celebración de contratos que generaran obligaciones en monedas extranjeras, se viera obligado a hacerlo a través de ley específica o de su equivalente en rango normativo (decreto legislativo).

Se observa, pues, que el Código permite como excepción el que las partes puedan acordar mantener en valor constante el monto de las deudas contraídas en moneda nacional. Ello se justificaría, por ejemplo, en aquellos casos en los que el deudor de la obligación de dar sumas de dinero recibiera, como contraprestación, bienes cuyo ritmo de depreciación es muy lento, o que mantienen su valor intrínseco, o que, inclusive, se revalúan. Es claro, en estas hipótesis, que la entrega diferida del mismo número de unidades de moneda nacional que el pactado, en una economía envilecida por la inflación, conduciría necesariamente a graves desequilibrios e injusticias, y que el acreedor se hallaría desamparado y sufriría un empobrecimiento ante el correlativo enriquecimiento del deudor. Todo ello obligaba a la intervención del legislador para buscar los correctivos necesarios.

Conviene aclarar que los dos últimos párrafos del artículo 1235 citado tienen el mismo propósito de proteger al acreedor. Ellos establecen que el pago de deudas —cuando se ha pactado el valorismo— se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación; se añade que, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

El acreedor tiene, pues, el derecho a que se le pague en valores constantes al día del vencimiento de la obligación. Pero si el deudor retrasa el pago y pretende, no obstante ese atraso, pagar con el valor del día del vencimiento, parece evidente que en una economía inflacionaria se le causaría un grave perjuicio al acreedor. Por ello, para estos casos la ley prevé que el acreedor pueda exigir el pago, bien al valor del día del vencimiento de la obligación o bien al valor del día en que efectivamente se verifique dicho pago.

Por último, el artículo 1236 establece la regla valorista como principio y la regla nominalista como excepción; ello, para las deudas que por naturaleza son de valor. En efecto, dicha norma prescribe que: «Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Vale la pena precisar que el Código Civil no adopta la misma regla en el caso de la indemnización por responsabilidad extracontractual, no obstante que en esta hipótesis exige el pago de intereses legales desde el día en que se causó el daño (artículo 1985).

Vemos, pues, cómo el Código Civil peruano establece el principio nominalista para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional, admitiendo el pacto valorista en contrario. Pero, para la restitución del valor de una prestación distinta prevé la regla valorista, admitiendo el pacto en contrario nominalista.

Conviene puntualizar que la solución que propone el Código Civil de 1984 recoge la experiencia derivada de la aplicación de la Ley n.° 23327, promulgada

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

el 24 de noviembre de 1981, de inspiración valorista, que autorizaba a las partes convenir por escrito que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, fuese referido al índice correspondiente de reajuste de las deudas que fijara el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determinase. No obstante, la regla del nuevo Código Civil tiene un campo de aplicación sustancialmente más amplio que el contemplado por la Ley n.° 23327, pues comprende, en general, a las obligaciones de dar sumas de dinero y no tan sólo a las derivadas del mutuo.

El Código, al adoptar como regla general la posición nominalista y las soluciones previstas para el pago de las obligaciones en moneda extranjera —a las que inmediatamente se alude—, ha tenido en cuenta que rigen en el Perú las leyes del curso legal y del curso forzoso. Por la primera, el deudor se libera de la obligación efectuando el pago en signos monetarios de circulación corriente. Por la segunda, el instituto emisor queda autorizado a no reembolsar su valor en oro. Ambos principios se encuentran consagrados por el artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley n.° 26123, promulgado el 29 de diciembre de 1992. A la letra, dice el artículo 43, que «Los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del País y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada».

Hasta aquí hemos analizado fundamentalmente los casos en que la moneda nacional está tanto *in obligatione* como *in solutione*. En efecto, el deudor se obliga ante el acreedor a pagar moneda nacional y, el día del pago, él lo realiza en moneda nacional, aunque sea mayor el número de unidades en caso de que las partes hubieran optado por el valorismo.

La situación es distinta cuando no es moneda nacional, sino extranjera, la que está *in obligatione*. El artículo 1237 del Código Civil, al regular las obligaciones en moneda extranjera, restringe dichos pactos a los casos no prohibidos por leyes especiales.

Parece evidente que el tráfico internacional, fundamentalmente, y situaciones singulares que determinan la posibilidad de que se concierten obligaciones en moneda extranjera en el territorio de la República, exigen legislar sobre las transacciones permitidas por la ley en estas monedas.

Se ha expresado que cuando la deuda originaria es contraída en moneda extranjera, ella está *in obligatione*. Entonces el deudor, para satisfacer su crédito, tiene la obligación de pagar el mismo número de unidades de esa moneda extranjera que el originalmente pactado o, acogiéndose al curso legal de la moneda nacional, y al propio artículo 1237 del Código Civil, un número tal de unidades de esta moneda que permita al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el estipulado. El pago en moneda nacional por el deudor constituye una obligación facultativa; él está *in facultate solutionis*. El día

IUS ET VERITAS

del vencimiento de la obligación, cuando el deudor debe efectuar el pago, puede optar por la entrega de moneda nacional —que está *in facultate solutionis*— al tipo de cambio de venta de ese día. La entrega de moneda nacional, al día del vencimiento de la obligación, al tipo de cambio de venta de ese día de la moneda extranjera estipulada, permite al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor, no obstante retrasarse en el pago, desee efectuarlo en moneda nacional. Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera pactada en el contrato y estuviera sometida a sucesivas devaluaciones, de mantenerse sólo la segunda parte del artículo 1237 que permite al deudor pagar la obligación en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento, se presentarían flagrantes injusticias. El deudor podría extinguir la obligación entregando moneda nacional a un tipo de cambio histórico —el del día de vencimiento de la obligación—, lo cual no permitiría al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido. El perjuicio sería evidente.

Por ello, el precepto se completa con la tercera parte, que establece una obligación alternativa a favor del acreedor para el caso de que el deudor retarde el pago y desee verificarlo en moneda nacional. En esta hipótesis el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o al que rija el día del pago.

Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera estipulada en el contrato, el acreedor exigirá su equivalente en moneda nacional de acuerdo con el tipo de cambio de venta que se encuentre vigente al día en que se efectúe el pago. Esto permitirá al acreedor proveerse de igual número de unidades de moneda extranjera que aquél que debió recibir.

Cabe recordar que el precepto concede al acreedor, para estos casos, otra opción, la cual sólo ejercitará cuando la moneda nacional sea más sólida que la moneda extranjera pactada. El acreedor podría exigir el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, esto es, la entrega del mismo número de unidades de moneda nacional que el deudor —en caso que no hubiera retardado el pago y, por tanto, de haber cumplido oportunamente su obligación— habría debido o bien desembolsar para adquirir la moneda extranjera pactada, o bien entregar en pago al acreedor. Es verdad que en esta hipótesis podría aducirse que el acreedor estaría en aptitud de adquirir mayor número de unidades de moneda extranjera que el debido; pero también es cierto que el acreedor recibiría el número de unidades de moneda nacional que debieron pagarle o que pudo adquirir, si la obligación se hubiera cumplido puntualmente. Y, por su parte, el deudor sólo estaría entregando el mismo número de unidades de moneda nacional que debió pagar si hubiera cumplido fielmente su obligación el día de su vencimiento.

FONDO MARIO CASTILLO FARRERA

Precisa aquí aclarar que el artículo 1 del Decreto Ley n.° 25878, de fecha 26 de noviembre de 1992, modificatorio del artículo 1237 del Código Civil, permite pactar el pago obligatorio de una deuda en moneda extranjera en la misma moneda extranjera estipulada en el contrato, con prescindencia de la moneda nacional, derogando parcialmente, al paso, las leyes del curso legal y del curso forzoso.

Lo expuesto nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

(1) Que es adecuado el principio nominalista admitido como regla general por el Código Civil peruano de 1984, para el pago de las deudas de dinero en moneda nacional. Pero que también se encuentra plenamente justificado que las partes puedan pactar en contrario optando por la tesis valorista.

(2) Que es conforme la regla del Código que prescribe que la restitución del valor de una prestación distinta a una obligación en moneda nacional, se calcule al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. En estos casos se justifica plenamente el principio valorista, dado que nos encontramos ante deudas que, por naturaleza, son de valor.

(3) Las obligaciones en moneda extranjera tienen en el Código de 1984 un tratamiento distinto y plenamente conforme con su naturaleza jurídica. Ellas se solucionan cuando el deudor paga en la moneda extranjera pactada o, en su defecto, en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la moneda extranjera el día del vencimiento de la obligación o el día del pago, salvo el pacto en contrario que permite exigir la restitución en la misma moneda extranjera estipulada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nominalismo

Artículo 1234.- El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1234

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 consignaba en el Título 11, del Contrato de Mutuo, el artículo 4 que establecía que: «El pago del dinero recibido, se hará también en dinero».

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 disponía en su artículo 1256, que: «La obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago».

Por otra parte, el Código Civil de 1852 regulaba el tema en su artículo 1817: «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.— Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuatario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 se refería a estas cuestiones en diversas normas, entre ellas los artículos 1496: «Cuando la obligación tiene por objeto dar, entregar o pagar, por cualquier título, cantidad determinada de monedas metálicas que tienen curso legal en la República, debe el deudor entregar igual número de monedas de la especie designada, sin atender al valor que tengan en el mercado, ni a la alza o baja del cambio sobre plazas extranjeras, salvo estipulación diversa o contraria.— Si en la obligación se determina el valor de las monedas metálicas que se han de dar, entregar o pagar, por su relación con otras monedas nacionales o extranjeras, debe el deudor entregar, en monedas de la especie designada en la obligación, el valor que se haya determinado, aunque resulte mayor o menor cantidad numérica de dichas monedas.— En los dos casos anteriores, si al tiempo en que deben entregarse las monedas, no hay, o no tienen curso legal en el mercado, las determinadas en la obligación, cumple el deudor, dando en moneda metálica usual y corriente, el valor que las que debe entregar, tenían al tiempo de contraer la obligación»; 1497: «Cuando el que debe dinero, incurre en mora, y al tiempo en que cumple la obligación, voluntariamente o por orden judicial, ha cambiado el valor de la moneda, si éste es menor que el que

ESTUDIO PARA CASTILLO FREYRE

aquélla tenía al vencimiento del plazo estipulado, debe pagar la diferencia, aunque a ello no se haya obligado expresamente, y, si el valor de la moneda es mayor, no se aprovecha del exceso el deudor moroso»; 1498: «En las obligaciones de entregar cantidad de dinero, los perjuicios que causa la demora, se reparan con los intereses estipulados, y en su defecto, con el interés legal por todo el tiempo que aquélla dura; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a perjuicios.— Cuando la deuda es líquida no se deben intereses; pero practicada la liquidación, corren éstos desde el día en que se entabla demanda por la suma que ha resultado de la liquidación.— El interés legal, es de seis por ciento al año, y rige sólo en el caso de que sobre réditos no haya convenio expreso»; y 1499: «Cuando la obligación es de dar, entregar o pagar cantidad de dinero, no designado por la especie o valor de las monedas, sino por los términos —dinero corriente o moneda corriente—, cumple el deudor, entregando la misma cantidad numérica en la moneda que circule al vencimiento de la obligación, sea cual fuere su valor en plaza».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regía la materia en su artículo 1817: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 664: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1564: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1581: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal», que modificado por la Ley n.º 23327 del 24 de noviembre de 1981, quedó con la siguiente redacción: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal. Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondientes que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determine.— El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.— Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trató sobre el particular.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, sí lo hacía en su artículo 101: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1255: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1202: «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».

2. Análisis

Establece el artículo 1234 del Código Civil peruano de 1984 dos reglas a seguir al momento del pago de una deuda dineraria contraída en moneda nacional.

La primera dispone que la ejecución de la prestación deberá necesariamente efectuarse en moneda nacional, en tanto que la segunda regla consagra el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

De este modo, conforme reza el nominalismo, al momento del pago se tomará en cuenta únicamente el monto nominal de dicha moneda, pactado al tiempo en que se contrajo la obligación; en este caso, aquél en que se celebró el contrato.

Vale decir, el deudor cumplirá entregando al acreedor una suma de dinero en idéntica cantidad a la que se obligó, independientemente de las fluctuaciones que aquélla (la suma de dinero nominalmente pactada) pueda sufrir desde el momento en que fue contraída la obligación hasta el tiempo del pago.

Así, de acuerdo al principio nominalista, si «A» se obliga frente a «B» por la suma de mil soles, al momento en que deba ejecutar su prestación deberá entregar única y exclusivamente esos mil soles pactados (monto nominal), aunque el valor de los mil soles (el cual se mide según el poder adquisitivo de éstos) al momento del pago sea distinto a aquél que tenía al momento en que se contrajo la obligación.

En esa línea, la jurisprudencia mediante la Casación n.º 1632-06-Lima, de fecha 21 de mayo de 2007, señaló lo siguiente sobre la teoría nominalista, «*Cuarto.* La teoría nominalista tiene que ver con la naturaleza del dinero y con un principio de Derecho Público positivo, la moneda no tiene valor económico independiente, pues su valor reside en el hecho de que su provisión es limitada y la facultad de imprimirla es propia del Gobierno o del banco debidamente autorizado. Este sistema presupone una inalterabilidad del valor de la moneda, ya sea intrínseca, sea

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

poder adquisitivo con referencia a bienes y servicios; o bien, extrínseca, sea paridad de cambio con relación a moneda extranjera; bajo esta teoría 'una unidad de moneda' (o sea un billete lleva la inscripción de su valor), será siempre igual a otro que sea de su misma naturaleza o calidad, el cual se puede intercambiar libremente sin que se tome en cuenta la fecha de su emisión [...] de manera que se cumpla la obligación contraída pagando la suma nominal».[1140]

Mucho se ha discutido acerca de las bondades o perjuicios de la asunción de ese principio para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional.

Sin embargo, cabe recordar que este sistema (el nominalismo) no es el único que ha imperado en diversas latitudes y épocas. Ocurre que ha alternado su vigencia con una tesis sustancialmente opuesta, llamada valorismo, según la cual al contraerse una obligación dineraria en moneda nacional será indiferente el monto nominal de dicha obligación, y lo que importará será el valor que representa ese monto, el cual deberá conservarse intacto hasta el momento en que aquélla sea ejecutada.

En nuestro país, como ha sido expresado, ha regido el principio nominalista desde el Código Civil de 1936. Cabe señalar que durante los años en que el Perú experimentó la más cruel hiperinflación de su historia, vale decir entre 1987 y 1990, se debatió ampliamente acerca de la conveniencia de variar dicha tesis (adoptar el valorismo) como regla general en el régimen peruano. Sin embargo, tales planteamientos nunca se tradujeron en el campo legislativo.

Distinto camino, han seguido países en los cuales también se han producido procesos inflacionarios de magnitud considerable. Por ejemplo, Argentina, nación en la que durante las últimas décadas la legislación ha oscilado entre uno y otro criterio.

Por nuestra parte, debemos reiterar que somos partidarios, en principio, del sistema nominalista, pues es el que tiende a una mayor estabilización de la economía en una sociedad. Creemos que la vigencia y permanencia del principio nominalista en nuestro país, a pesar de la catástrofe de los años 1987 a 1990, demuestra su solidez y bondades. No olvidemos, por lo demás, que si bien el nominalismo es la regla dentro del régimen peruano sobre las obligaciones dinerarias, las partes han tenido y tienen la libertad de establecer excepciones, especialmente en virtud de lo dispuesto por el artículo 1235 del Código Civil.

En nuestra opinión, el nominalismo, como principio general, es hoy adecuado a la realidad peruana. Existen sólidos argumentos para sustentar esta tesis.

El primero es evidente: el Código Civil de 1984, luego de casi cuarenta años de vigencia, y soportando victoriosamente severas depreciaciones de la moneda nacional, en nada ha entorpecido u obstaculizado la contratación. La experiencia

1140 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 921. [Texto correspondiente a la tercera edición]

práctica demuestra que con la regulación de intereses, aunque ella no constituya la solución óptima, es posible superar los ocasionales escollos que generan bruscas devaluaciones. El precepto, en el que se entremezclan el Derecho y la Economía, fue el fruto, al generarse la reforma del Código Civil de 1936, de positivos diálogos entre los autores del proyecto del Código Civil de 1984 y los más distinguidos economistas del Banco Central de Reserva del Perú, entidad que, con autonomía constitucional, es la emisora de la moneda.

Tal como señala Barchi Velaochaga:[1141] «La inflación puede ser definida como el aumento general y sostenido de los precios con la consecuente pérdida del valor adquisitivo del dinero. Se trata de un fenómeno de orden económico que provoca la depreciación del signo monetario y el derecho sólo puede formular propuestas de coyuntura actuando sobre los efectos del fenómeno; sus causas, que es lo fundamental, sólo podrán revertirse por una adecuada política económica».

Por otra parte, el Perú hoy vive un periodo de estabilidad económica, que poco a poco alcanza resultados de excelencia, que originan confianza en la solidez de la moneda. Es verdad que innumerables transacciones comerciales se efectúan en moneda extranjera, singularmente en dólares de los Estados Unidos de América y euros, pero ello obedece a la liberalización de la economía, que permite pactar en dichas monedas, al ingrato recuerdo de descomunales devaluaciones de la moneda nacional y a la enorme afluencia de dólares en el mercado por la penosa preponderancia del tráfico ilícito de estupefacientes.

Nos reafirmamos en estas ideas[1142].

Con ocasión de esta tercera edición de nuestro *Tratado*, en el año 2024, debemos recordar que, después de haber sufrido una grave crisis política que comenzó el 2018 y generó un periodo de inestabilidad en el gobierno, en el cual el Perú tuvo seis presidentes en menos de un lustro, nuestra moneda sigue siendo la más estable de América Latina y, en consecuencia, la teoría nominalista ha demostrado ser idónea[1143].

Por último, el nominalismo siempre tiene una cláusula de escape. Ella consiste, simple y llanamente, en pactar el valorismo, de acuerdo con la autorización que confiere el artículo 1235 del Código Civil.

La jurisprudencia nacional[1144] se ha pronunciado sobre este tema al señalar que: «Tratándose de deudas contraídas en moneda nacional, su pago no podrá ser

1141 Barchi Velaochaga, Luciano. «Principio valorista» En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 519.

1142 Texto correspondiente a la tercera edición.

1143 Texto correspondiente a la tercera edición.

1144 Casación n.º 782-97-Lima. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 8 de octubre de 1999, p. 2447.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

exigido en moneda distinta, entendiéndose como moneda nacional la que rige en el momento del pago parcial o total».

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.º 1139-2018-Arequipa, de fecha 11 de abril de 2019, en la cual observamos la aplicación de la norma por parte de nuestros jueces, «*Vigésimo segundo*.- Respecto del artículo 1234° del Código Civil invocado por el demandado; en cuanto a que las compras de terrenos fue en intis y, se fija el monto indemnizatorio en moneda extranjera, cuando la moneda nacional es el sol. El artículo 1234° del Código Civil, se refiere al pago de una deuda de dinero concertada en moneda nacional, no pudiéndose exigir el pago en moneda distinta; en este caso estamos ante un caso de responsabilidad civil contractual en el que se ha dispuesto el pago de un monto indemnizatorio que, si bien se ha fijado en moneda extranjera, de manera alternativa se ha establecido el pago en moneda nacional al tipo de cambio del día en que se realice, lo que no infringe la norma. Entonces, es infundada la denuncia formulada».[1145]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1145 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 379. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-1139-2018-Arequipa-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Cláusulas valoristas

Artículo 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

1. Fuentes nacionales del artículo 1235

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al cumplimiento recíproco de las obligaciones, puede mencionarse a la Ley de las Siete Partidas, Ley 5, Título VI, Partida Quinta.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, consignaba en el Título 11, referido al Contrato de Mutuo, el artículo 4 que establecía que: «El pago del dinero recibido, se hará también en dinero».

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en su artículo 1256: «La obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago».

Por su parte, el Código Civil de 1852 regía la materia en los artículos 1816: «Si fueron apreciadas las cosas al tiempo del mutuo, está obligado el deudor a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago»; y 1817: «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo.— Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuatario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en el artículo 1500: «Si la obligación tiene por objeto entregar valores que no son moneda

LEDGUARDO ENRIQUE CASTILLO FREYRE

metálica, como bonos, cédulas, billetes fiscales o de banco, sin fijar el precio que se les da en plaza, o su relación con el cambio sobre mercados extranjeros, cumple el deudor, entregando una cantidad numérica igual a la debida, sin consideración al alza, o la baja de dichos valores; pero, si se ha designado un precio, o un tipo de cambio fijo, debe pagar el deudor la diferencia, si hay baja, y se aprovecha de ella, si hay aumento de valor.— Incurriendo en mora el obligado, responde al acreedor por el menor precio que tengan los mencionados valores después del plazo señalado para la entrega, aun cuando no se haya fijado en la obligación precio, o tipo de cambio; y si los valores no existen en plaza, o no circulan al vencimiento de la obligación, debe entregar el deudor, en moneda corriente, un valor igual al que recibió, o el valor por el cual se obligó, al tipo designado en la obligación».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre el particular en su artículo 1817: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 664: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1564: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1581: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal». El texto de este último artículo fue modificado por la Ley n.º 23327, del 24 de noviembre de 1981, quedando con la siguiente redacción:

> El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal.— Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondientes que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determine.— El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.— Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago.

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 particular.

Sí lo hicieron el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 102: «Sólo por ley especial se podrá permitir que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático, a otras monedas o a mercancías, a fin de

ESTUDIO MANDAT CARRERA

mantener dicho monto en valor constante.— El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.— Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1256: «No obstante lo establecido en el artículo precedente, las partes podrán acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.— El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación.— Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1203: «No obstante lo establecido en el artículo 1202, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.— El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación.— Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago».

2. Análisis

2.1. Generalidades

Como lo hemos expresado, el artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 plantea, no obstante, el principio nominalista adoptado por el artículo 1234, que las partes contratantes, de común acuerdo, puedan optar por un criterio valorista respecto de obligaciones contraídas en moneda nacional.

Esta situación obedece al impacto que ciertos acontecimientos económicos ostentan sobre el valor de las prestaciones dinerarias. Por ello, nuestra legislación ha previsto un mecanismo contractual que procura paliar los resultados desestabilizadores del equilibrio contractual que ciertos hechos económicos pueden generar.

Así, cuando los efectos de la depreciación monetaria se traducen sobre el valor de las obligaciones de dar sumas de dinero, introduciendo elementos que quebrantan la proporcionalidad y equivalencia en el valor de éstas, el Código Civil otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también cláusula valorista, a fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones y la equidad en la relación jurídica.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Cuando el dinero, por su desvalorización, no cumple su función de medida de los valores, surge la necesidad de encontrar un nuevo elemento que permita establecer la equivalencia en las operaciones de cambio.

Una forma de satisfacer tal necesidad la constituyen las cláusulas valoristas, puesto que éstas emplean patrones de referencia que reemplazan al dinero, en la función que acabamos de mencionar.

Por ello, se dice que la procedencia de las cláusulas valoristas resulta de una validez y utilidad indiscutibles.

Al respecto, conviene apuntar lo señalado por Eduardo Benavides[1146], quien, al abordar el tema de las cláusulas valoristas, expresa que cuando los hombres de negocios advierten que la realidad excedía largamente las previsiones contractuales que pudiesen efectuar, empiezan a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse de una serie de trastornos, como una devaluación futura o una posible alza sobreviniente de los precios.

En relación con las cláusulas estabilizadoras, según lo hemos expresado, se ha desatado una discusión doctrinaria acerca de su legitimidad. Se ha dicho que tales cláusulas contribuyen a crear una desconfianza en la moneda nacional, que atentan contra el orden público, pues al establecerlas se pone en tela de juicio el poder cancelatorio de la moneda y, finalmente, que contribuyen a acrecentar la inflación.

De otro lado, los patrones comúnmente utilizados por los contratantes, a fin de mantener estable el valor de las prestaciones, son los siguientes:

- Metales nobles.
- Mercaderías.
- Monedas extranjeras.
- Índices de ajuste.
- Fórmulas matemáticas que intentan corregir los montos adeudados.

2.2. Tipos de cláusulas

Ahora bien, según el patrón utilizado, podemos distinguir las siguientes cláusulas de estabilización:

2.2.1. Cláusula oro u otros metales nobles

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1147], que cuando el pago debe efectuarse en metálico y las partes añoran seguridad, pueden adoptar una cláusula oro, que puede revestir diversas formas, a saber:

1146 Benavides Torres, Eduardo. «El cumplimiento de prestaciones dinerarias 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.º 30, Lima: 1994, p. 178.

1147 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, p. 340.

- Cláusula pago en oro, mediante la cual deberá entregarse cierta cantidad de oro.
- Cláusula valor oro, a través de la cual el monto del pago en metálico, deberá ser el necesario para adquirir la cantidad de oro pactada.
- Cláusula pago en moneda de oro, mediante la cual el pago debe efectuarse en monedas de oro que todavía se encuentren en curso legal.

Además, señalan que la aplicación de este tipo de cláusula fue harto discutida. Así, por ejemplo, la doctrina clásica francesa inició una prédica contraria, argumentando que la cláusula oro promovía la inseguridad, la inestabilidad, el abuso y, más aún, alimentaba un proceso inflacionario.

En tal sentido, los autores citados expresan que esta cláusula no posee una virtud propia que dé estabilidad a su valor, pues como mercadería que es, su valor fluctúa de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda.

Por otra parte, las cláusulas valoristas pueden, igualmente, referirse a otros metales preciosos. No obstante, conforme señala Eduardo Benavides[1148], estas cláusulas han perdido popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos.

2.2.2. Cláusula mercadería

Dependiendo de la modalidad contractual, puede elegirse una cierta mercadería o su valor, como patrón de referencia de una cláusula valorista.

A decir de Eduardo Benavides[1149], las cláusulas mercadería son aquéllas que nos remiten el pago al equivalente a un determinado número de unidades de productos que están en el mercado.

La elección de una mercadería determinada halla su razón de ser en la incidencia económica que ésta pueda tener en la economía del contrato.

Según anota el referido autor, en la medida en que la mercadería elegida juegue un papel importante en la base del negocio, esto es, en la estructura de costos o en el cálculo, aquélla cobrará sentido.

Este tipo de cláusulas pueden adoptar diversas modalidades:

- **Cláusula mercadería**: mediante la cual se pacta el pago en una mercadería determinada, que será utilizada como un medio de cuenta distinto al dinero.

  En este supuesto, pueden, a su vez, distinguirse como subespecies de las cláusulas mercaderías, las siguientes:

1148 Benavides Torres, Eduardo. *Op. cit.*, p. 178.
1149 *Idem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Cláusula trigo o cualquier producto agrícola.
- Cláusula referida a cabezas de ganado o precio de la carne.
- Cláusulas referidas a materiales de construcción.
- Cláusulas barril petróleo.
- Cláusula cobre.
- Cláusula uranio.
- Cláusula carbón.

- **Cláusula valor mercadería**: a través de la cual se pacta el pago en el valor de una mercadería, distinta al dinero, aunque el deudor se libera entregando el dinero suficiente para adquirir la mercancía elegida.

  Es decir, que el objeto debido será una cantidad de dinero determinable en función del valor de una cierta mercadería.

2.2.3. Cláusulas monetaristas

Cuando se recurre a una moneda extranjera o a su valor, como cláusula valorista, nos encontramos ante una cláusula monetarista.

Tal cláusula puede revestir diversas formas:

- **Cláusula moneda extranjera**: en cuyo caso el pago se determina en una cierta moneda extranjera.
- **Cláusula valor moneda extranjera**: mediante la cual el pago se fija en relación al valor o cotización que una moneda extranjera pueda tener en el mercado cambiario.

Al respecto, Eduardo Benavides[1150] señala que mediante este tipo de cláusula se establece que el pago se hará en moneda nacional, según el equivalente a cierta cantidad de moneda extranjera, para lo cual se utiliza el curso o tipo de cambio de dicha moneda a la fecha de pago.

Algunos autores han levantado sus voces criticando estas cláusulas por considerarlas atentatorias contra la moneda nacional, símbolo de la soberanía del Estado.

Por ello se ha dicho que los argumentos utilizados en su contra ya no eran sólo los de la inseguridad y posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista.

Por nuestra parte, expresamos que lo que en verdad podría esgrimirse serían las fluctuaciones del tipo de cambio o un posible control estatal sobre aquél, como argumentos contrarios a las cláusulas monetaristas.

1150 *Ibidem*, p. 179.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.4. Cláusulas de escala móvil

Las cláusulas de escala móvil son aquéllas en las cuales las partes recurren a un patrón variable y flexible en su cuantía, o alternativo a algún otro patrón que se haya previsto en el contrato.

A decir de Benavides Torres[1151], las cláusulas de estabilización que se basan en métodos de escala móvil son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de *leasing*, entre otros.

En relación a las cláusulas de indexación o de escala móvil, en ellas, a entender de Uribe Restrepo[1152], la suma base a la que está inicialmente obligado el deudor es reajustada (al momento del cumplimiento) en una cantidad proporcional a la variación experimentada por el índice que se haya escogido para esos efectos, durante el lapso transcurrido entre la fecha de la celebración del contrato y la fecha del pago. Agrega que este tipo de cláusulas buscan mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes en contratos que, por estar diferida en el tiempo su ejecución, se ven amenazados por la depreciación monetaria. De ahí que los índices escogidos por las partes sean comúnmente aquellos que, en forma más o menos cercana, reflejan las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, como es el caso del índice de precios al consumidor, el índice de precios al por mayor, el índice de sueldos y salarios, etcétera.

2.2.5. Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas

Según Benavides[1153], cuando las partes desean protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación, tienden a utilizar fórmulas polinómicas en las que se pondera diversos índices o factores, según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

2.2.6. Cláusulas de indexación

Las cláusulas de indexación son aquéllas en virtud de las cuales las partes acuerdan que la cuantía o monto de la deuda se actualice periódicamente, en función a ciertos indicadores económicos o de otra naturaleza.

Expresa Eduardo Zannoni[1154], que la indexación no es ni más ni menos que el sometimiento de la moneda a indicadores o índices que revelan la magnitud de su depreciación en un determinado lapso; de este modo, la suma original se reajusta al momento del pago de la deuda a los efectos de que el acreedor perciba una

1151 *Ibidem*, p. 181.
1152 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 128.
1153 Benavides Torres, Eduardo. *Op. cit.*, p. 181.
1154 Zannoni, Eduardo. *Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires: Astrea, 1977, p. 63.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cantidad de dinero suficiente para mantener intangible el valor de cambio que la suma original representaba el día en que se contrajo la obligación.

2.2.7. Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste

Este tipo de cláusulas tiene similar naturaleza que las cláusulas de indexación; empero, se distinguen de éstas por utilizar un patrón distinto, cual es el de un índice *ad hoc* que fija una entidad estatal.

2.2.8. Cláusulas de revisión periódica

Cuando las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación, nos encontramos frente a una cláusula de revisión periódica.

Eduardo Benavides[1155] señala que la objeción que puede formularse en torno a este tipo de cláusula es la referida al hecho de que las partes no se comprometen a hacer un reajuste efectivo, sino simplemente a revisar el monto de la deuda.

De este modo, si una de las partes no aceptase la actualización de lo debido, fácilmente puede advertirse la ineficacia de esta cláusula.

2.2.9. Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia

En palabras de Benavides[1156], durante un tiempo se utilizaron como anclas de estabilidad algunas unidades de referencia, como pueden ser: la remuneración mínima legal, las unidades de referencia tributaria, entre otras.

Estas cláusulas son muy útiles en el Perú, sobre todo luego de la implantación de la denominada Unidad Impositiva Tributaria (UIT), reajustada todos los años por el gobierno central y cuya utilización como referencia deviene en frecuente; ello, en la medida de que no está desactualizada[1157].

Por otra parte, debemos señalar que la doctrina clasifica o divide a las cláusulas de estabilización en internas y externas.

En las primeras, o sea, en las internas, la mercadería o el índice escogido por las partes guarda estrecha relación con los sujetos o con el objeto de la obligación. Sería el caso de la indexación de un préstamo a largo plazo otorgado para vivienda, en función del índice de precios de la construcción.

Las cláusulas externas emplean como patrón un índice muy general, o un indicador del todo ajeno a la actividad de las partes y al objeto de la obligación. Sería el caso de cláusulas en que la obligación se refiere al índice de precios al

1155 Benavides Torres, Eduardo. *Op. cit.*, p. 180.
1156 *Ibidem*, p. 181.
1157 Texto correspondiente a la tercera edición.

consumidor; o aludir al valor de un producto agrícola como índice de reajustabilidad de las prestaciones derivadas de un contrato de construcción urbana.

Anota Uribe Restrepo que en algunos países la distinción entre cláusulas externas e internas ha servido para establecer criterios normativos sobre la validez o nulidad de las cláusulas no monetarias (se reputarían válidas las internas y nulas las externas). Pero, en general, la actitud de la jurisprudencia frente a la licitud de las cláusulas no monetarias o cláusulas monetarias *latu sensu* ha sido mucho más flexible que aquélla asumida frente a las monetarias *strictu sensu*, pues se considera que aquéllas no buscan burlar las normas de carácter público que regulan el sistema monetario de un país, sino evitar que los riesgos de la depreciación recaigan únicamente sobre el acreedor.

De otro lado, debemos precisar que el artículo 1235, bajo comentario, según hemos señalado, si bien permite a las partes referir el valor del monto adeudado a ciertos factores referenciales, autoriza en forma expresa la utilización de los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, otras monedas o mercancías, siempre con la finalidad de mantener dicho monto en un valor constante. *Ello, no obstante, no impide que se adopte cualquier otro índice de referencia*[1158].

En tal sentido, dentro de la hipótesis de la norma que venimos comentando, podrían establecerse los siguientes supuestos:

2.2.9.1. Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú

Los problemas generados a partir de un proceso inflacionario afectan directamente a la economía; empero, a decir verdad, algunos de ellos se extienden sobre el radio de acción del Derecho.

Uno de los problemas económicos a los que se debe enfrentar el Derecho es la depreciación monetaria, siempre que las relaciones jurídicas existentes se vean afectadas.

Frente a esta situación, se ideó una figura jurídica a la que se denomina sistema de ajuste de deudas o de reajuste al capital.

Dicha figura, como es lógico pensar, sólo tiene razón de ser en un contexto inflacionario.

Así, en junio de 1981, mediante Decreto Supremo n.° 136-81-EF, se establece un sistema de índice de reajuste de deudas, para permitir que el servicio del crédito corresponda a la capacidad de pago del prestatario desde que asume dicho crédito.

1158 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De este modo, a través de la referida norma, se otorga a las partes la posibilidad de convenir por acuerdo escrito, que el importe dado en mutuo y sus saldos se ajusten con el índice que fijará el Banco Central de Reserva del Perú. Asimismo, el pago de las deudas contraídas en moneda nacional puede referirse al índice que acabamos de anotar.

En igual sentido, y como ya lo señalamos, mediante Ley n.° 23327, del 24 de noviembre de 1981, se permitió a las partes, y sobre todo a las entidades financieras, ajustar en función de índices que fija el Banco Central de Reserva, los préstamos dinerarios de plazo no menor a un año.

Ahora bien, consideramos de sumo interés analizar por qué se estableció un sistema de ajuste de deudas en el Perú.

Al respecto, debemos señalar que el impacto inflacionario acaecido sobre el sector financiero peruano, en especial, durante las décadas de los años setenta y ochenta del siglo xx, ocasionó que el sistema vigente de crédito propiciara la paralización del desarrollo de las actividades económicas de mediano y largo plazo. Nos referimos a las actividades agrícolas, pesqueras, industriales, mineras, manufactureras, entre otras, que, por su naturaleza, deben esperar, para ver sus réditos, entre tres y cinco años aproximadamente.

Por ello, la contracción de las inversiones de mediano y largo plazo es consecuencia de un problema de diferencias en el tiempo entre el flujo de ingresos del proyecto y el flujo de pagos exigidos por las altas tasas de interés. Esto es, cuando el pago por concepto de intereses, además de ser excesivo, lejos de coincidir con los años de productividad de las inversiones, coincide con el periodo de maduración del proyecto, no sólo reviste de mayor riesgo y onerosidad a la operación emprendida, sino que muchas veces la retrae.

La inversión, según anota el profesor de la Universidad de Liverpool G.L.S. Shackle[1159], es una acción destinada a producir un rendimiento al cabo de un intervalo de tiempo. Esta acción se emprenderá si los resultados previstos hoy valen más que los medios más baratos para tal acción, valorados ambos en dinero actual.

Por nuestra parte, estimamos que al encontrarse el pago de intereses entre los criterios a considerarse antes de adoptar una decisión de inversión, aquél se perfila como un factor determinante del nivel de gasto de dicha inversión.

Por ello rezan las teorías econometristas que la fijación de un tipo de interés cumple un papel trascendente en la función de producción del capital: mejorar la disponibilidad del crédito e incidir en la tasa de inversión.

1159 Shackle, George Lennox Sharman. «Elasticidad del interés de la inversión». En *Teoría de los tipos de interés*. Barcelona: Labor, 1974, p. 101.

La veracidad de esta afirmación se traduce en la escasa actividad de nuestro aparato productivo, la que puede advertirse nítidamente en la tendencia a la baja que presentó la demanda de créditos a largo plazo. Así, por ejemplo, el crédito destinado a la capitalización del sector agrícola disminuyó en seis años en un 54 % —en términos reales— desde 1974.

El crédito hipotecario, clave por sus efectos sobre la generación de empleo y sus factores multiplicadores sobre otras industrias, en el periodo comprendido entre los años 1972 y 1979, cayó en un 78 %.

De igual manera, los demás sectores, fundamentalmente aquellos referentes al desarrollo económico del país, se vieron afectados.

Esto obedece al hecho de que quien arriesga su dinero busca el desarrollo de un proyecto, que sin dejar de tener su componente de riesgo, logre en el más breve plazo recuperar la inversión y pagar los intereses del préstamo adquirido para llevarlo a cabo.

Frente a ello surgió la necesidad de contar con un mecanismo que fomentara el desarrollo de las actividades económicas de largo y mediano plazo, en aras de enrumbar al país por las rutas del crecimiento económico.

De este modo, el ajuste de capital se perfiló como una alternativa nueva y no excluyente del sistema de crédito que existía, a fin de contribuir a la expansión de las fronteras del planeamiento de inversiones a mediano y largo plazo.

Adicionalmente, es preciso señalar que la simple disminución en las tasas de interés aplicables a las operaciones de largo y mediano plazo, antes que resolver el problema lo agravaría, ya que en una economía en que el ritmo inflacionario no se ha neutralizado, una significativa reducción de las tasas de interés conlleva la fijación de un interés real negativo, el que por encontrarse por debajo de la tasa de inflación, descapitaliza al ahorrista, cuyo dinero depositado perdería su poder adquisitivo, desincentiva a potenciales ahorristas y, de otro lado, beneficia al usuario del crédito, quien sólo se verá obligado a pagar una tasa de interés barata, esto es, menor que el crecimiento de los precios.

En otro sentido, cabe señalar que el problema del pago de importantes sumas de dinero por concepto de intereses, en los primeros años de las inversiones de mediano y largo plazo, intentó ser resuelto mediante ciertas prácticas que a continuación anotamos:

- El uso de créditos en moneda extranjera, ya que ofrecen una escasa desvalorización y una ventaja, al poseer una tasa de interés referida al *prime rate o libor*, lo que la hace más baja que aquella fijada para el crédito doméstico.
- El contraer créditos en moneda nacional, pero por montos mayores a los que realmente se necesitan en el proyecto de inversión, a fin de cubrir los altos pagos de interés en la etapa inicial de la inversión.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

- La refinanciación sucesiva, en aras de afrontar con los préstamos auxiliares de otras instituciones financieras los pagos del préstamo principal.

No obstante, estas prácticas no se presentan como la respuesta más adecuada, toda vez que en términos de costo efectivo aquéllas suponen mayores costos que los que se habrían de asumir, si se adoptase un crédito bajo el sistema tradicional.

Por otra parte, es menester señalar que la utilización de créditos en moneda extranjera dolariza nuestra economía, mientras que por depender el otorgamiento de un crédito financiero de la solvencia de las personas/empresas solicitantes, no todos los usuarios del crédito podrán incurrir en créditos por montos mayores a los necesitados.

La refinanciación sucesiva, por su parte, no da siempre buenos resultados, al margen de ser sumamente mortificante para el prestatario.

Es por ello que se optó por el diseño de un esquema nuevo de crédito, al que, según hemos señalado, se denominó sistema de reajuste de deudas.

Este sistema presenta una serie de bondades, las que brevemente anotamos:

- Al no ser excluyente del sistema tradicional de crédito, las operaciones pueden realizarse bajo un sistema u otro.

  No obstante ello, debe considerarse que si bien el costo del crédito es el mismo, el sistema de ajuste de deudas, al trasladar en el tiempo las mayores amortizaciones y pagos por concepto de interés al periodo de productividad de la inversión, permite que el inversionista deba enfrentarse a aquéllos pasados los primeros años de la inversión, esto es, durante la etapa en la que existe una disponibilidad de liquidez.

- Con el sistema propuesto, el inversionista no paga menos, ni paga más, porque los montos a pagar en ambos sistemas de crédito, si bien difieren nominalmente, poseen un valor real idéntico.

  Por ello, se ha dicho que la equivalencia en el costo efectivo del crédito, hace que el flujo de pagos en ambos sistemas, en valor actual, sea el mismo.

- Favorece la política antiinflacionaria, al evitar un incremento en las inversiones de corto plazo. Este tipo de inversiones, como sabemos, fortalecen un proceso inflacionario. Ello, en razón a que las actividades económicas de corto plazo, además de tener un propósito netamente especulativo, antes de contribuir a la producción de bienes y servicios, únicamente hacen posible la circulación de éstos, aumentando así la velocidad del dinero.

- El rendimiento de un crédito sujeto o no al sistema de ajuste de capital, es el mismo para la institución financiera. Esto significa que tal entidad se interesará en prestar bajo este sistema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tal sentido, es preciso anotar que la sumatoria de la tasa de interés y el índice de ajuste de deudas no es mayor a la tasa de interés que se cobra por las operaciones de crédito de mediano y largo plazo, porque ésta fue precisamente una de las cuestiones centrales que preocupó a las autoridades en el diseño de este tipo creditorio.

- Los especialistas han señalado además que el sistema propuesto no reporta menores pagos por Impuesto a la Renta por parte de las instituciones financieras, de modo que no se afecta al Tesoro Público.

  Ello, en razón de que el reajuste que afecta a los saldos pendientes de pago se considerará como una forma de ingreso devengado, de manera tal que la totalidad del ingreso graduable no se verá afectado.

Ahora bien, debemos precisar que el establecimiento del referido sistema posee motivaciones e implicancias distintas, según la incidencia de aquél sobre las operaciones de crédito celebradas, de un lado, por las entidades financieras, y de otro, por los particulares o personas ajenas al sistema financiero.

En tal sentido, trataremos primero el significado de la aplicación del sistema de reajuste de capital en el sector financiero, para luego abocarnos a la importancia de su establecimiento en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero.

2.2.9.1.1. El sistema de ajuste de deudas en el sector financiero

Bajo una óptica financiera, el sistema de reajuste al capital importa un nuevo esquema de crédito que intenta resolver los problemas presentados por el financiamiento de los primeros años de los créditos de largo y mediano plazo en épocas de inflación.

El inversionista que concertó un crédito sujeto al sistema de reajuste de deudas deberá cancelar los mayores pagos por concepto de interés, cuando es más oportuno y posible hacerlo, esto es, pasados los primeros años de la inversión, a los que se conoce como periodo de maduración.

Ello es posible porque el referido sistema hace coincidir en el tiempo los mayores pagos del préstamo y sus intereses, con el periodo de productividad o mayores ingresos de la inversión.

Así, al constituirse el sistema de reajuste de deudas en una nueva modalidad de créditos que intenta fomentar la inversión de largo plazo, se ha diseñado una salida al entrampamiento que plantean las actividades de largo y mediano plazo.

Resulta de interés anotar que, a fin de paliar la problemática a la que nos hemos venido refiriendo, los inversionistas idearon formas ingeniosas de obtención de crédito, las que constituyen variantes del sistema de ajuste al capital.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Según se ha dicho, en los créditos obtenidos en moneda extranjera, la tasa *prime rate* o *libor* es el equivalente a la tasa de interés básica, y la tasa de devaluación sustituye al índice de reajuste de deudas para ajustar el principal obtenido.

De otro lado, cuando se contrae créditos por montos mayores a los necesitados, los desembolsos reajustan el valor original del crédito.

En cambio, cuando se solicita préstamos auxiliares, se modifica el valor original del crédito, de modo que esta modalidad es también una forma rudimentaria de ajuste al capital.

Por otra parte, el ajuste de las deudas generadas por créditos otorgados vía intermediación financiera se lleva a cabo mediante un sistema de corrección de deuda que intenta convertirse en una forma más equitativa de amortización del capital prestado durante la vigencia del crédito.

Ahora bien, según hemos venido señalando, el principal objetivo del sistema propuesto es el de reactivar las inversiones en actividades económicas de mediano y largo plazo. A fin de lograr un propósito de tal envergadura, quienes idearon el sistema de ajuste de capital tomaron en consideración que la tasa de interés, originalmente, refleja el costo de oportunidad del capital. Sin embargo, en épocas de inflación, dicha tasa intenta, además, restituir el poder adquisitivo del capital; así, el monto de la tasa de interés se elevará al ritmo de la depreciación monetaria, la que, durante un proceso inflacionario, se producirá, sin lugar a dudas, constantemente.

A decir de Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1160], el interés cumple, tradicionalmente, la función de un seguro de garantía para cubrir el riesgo que corre el dueño del capital de que no se lo reintegren.

Esa función de cobertura hace que la tasa normal de interés pueda verse acrecentada en cierta medida, y ésta varía según la solvencia de la persona que deba reintegrar el capital y los riesgos de la operación en que se emplee el dinero.

Sin embargo, en épocas de inflación, la tasa de interés se ve totalmente deformada porque ingresa en ella un nuevo elemento, que en la práctica se cobija bajo el nombre de interés, aunque no es verdaderamente tal cosa, sino que tiende a cubrir la pérdida del valor que sufre el dinero como consecuencia directa de la inflación.

Por ello, se ha separado y extraído de la composición del monto de la tasa de interés el *quantum* destinado a restituir la depreciación monetaria del capital otorgado.

1160 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, pp. 221 y 222.

Así, la estructura de la tasa de interés para las operaciones de deudas contraídas bajo el sistema de reajuste representará el costo de oportunidad del capital, teniendo en cuenta los factores riesgo y tiempo de la operación.

Esto, como es evidente, conlleva al establecimiento de una tasa de interés más baja.

La restitución del valor del capital, en cambio, se efectuará mediante la aplicación del índice de reajuste de deudas al monto del capital original.

De esta manera, entonces, se logrará que los mayores egresos de una inversión de mediano o largo plazo coincidan en el tiempo con los mayores ingresos que aquélla puede generar.

Por otra parte, debemos anotar que este sistema se aplica únicamente sobre las operaciones activas de mediano y largo plazo de las entidades financieras, vale decir, el ajuste de las deudas no se aplica sobre los depósitos u operaciones pasivas.

El sistema propuesto es sólo una alternativa al sistema tradicional de crédito, no elimina ni sustituye a este último.

Antes de concluir con el tema, hemos de anotar simplemente que el sistema de reajuste al capital, financieramente, brinda la posibilidad de enfrentar menores pagos, por concepto de interés, durante el periodo de maduración de la inversión, con un costo efectivo idéntico al de un crédito obtenido bajo el sistema tradicional.

2.2.9.1.2. El sistema de ajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero

Los efectos de una depreciación monetaria, resultante de un proceso inflacionario, igualmente alcanzan a las operaciones de crédito que los particulares celebran entre sí.

Ante ello, nuestros legisladores, a través del artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984, han establecido la posibilidad contractual de un ajuste o corrección en el valor de las deudas dinerarias, denominadas también deudas pecuniarias o monetarias.

Esta permisión expresa halla su razón de ser no sólo en la fundamentación económica que el sistema de ajuste de deudas encuentra en su aplicabilidad sobre el sector financiero, sino también en elementales principios de equidad.

Así, a fin de restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones contractuales, el sistema propuesto, mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista o de estabilización, pretende mantener en un valor constante el monto de una deuda contraída, toda vez que dicho monto puede verse afectado frente a la pérdida del poder adquisitivo del capital entregado, durante el periodo comprendido desde el día en que se contrajo la obligación a la fecha de pago.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es decir, siempre que se haya pactado expresamente en una de las cláusulas contractuales que el monto de una deuda contraída en moneda nacional, en caso de enfrentar una depreciación monetaria, será referido al índice de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú y podrá ajustarse según el sistema de corrección de deudas.

De este modo, el deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente prestada.

Expresa Eduardo Benavides[1161], que actualizar una deuda no quiere decir aumentarla, sino darle el peso que le corresponde, el que las partes le han querido dar, no sólo para el inicio, sino sobre todo para el cumplimiento.

Y para tal efecto, debemos señalar que el Banco Central de Reserva del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1235 del Código Civil peruano, publica, periódicamente, una relación sobre el índice de reajuste de deudas.

Así, bastará que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso, deberán procurarse además con tasas efectivas de interés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo —evidentemente— del número de días de atraso de aquélla.

En otro sentido, queremos anotar las expresiones de Mosset Iturraspe, citado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1162], quien, respecto al tema que nos ocupa, considera que la tesis valorista, en el campo contractual, suple dentro de un marco de justicia y equidad la laguna legal existente frente a los efectos corrosivos de un proceso inflacionario.

Antes de concluir con este supuesto, precisa mencionarse una cuestión adiçional.

Al establecer el artículo 1235 del Código Civil peruano que el monto de una deuda contraída en moneda nacional podrá referirse al índice de reajuste que fije el Banco Central de Reserva, se omite mencionar otros índices en virtud de los cuales podría ajustarse una deuda dineraria, lo que no constituye una crítica, pues dicha omisión se fundamenta en las razones que vamos a anotar más adelante.

Conforme apunta Benavides[1163], cualquiera de los índices que citamos a continuación pueden utilizarse a fin de actualizar el valor de las prestaciones de dar sumas de dinero; estos son, a saber:

1161 Benavides Torres, Eduardo. *Op. cit.*, p. 176.

1162 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, pp. 373 y ss.

1163 Benavides Torres, Eduardo. *Op. cit.*, p. 182.

- El índice de precios al consumidor.
- El índice de precios al por mayor.
- Los índices de producción manufacturera, minera, agrícola.
- Los índices de empleo.
- Los índices de variación de las reservas internacionales netas del Banco Central de Reserva del Perú.
- El índice de inflación especializado.
- El índice de precios de la construcción.
- El índice de tarifas públicas.
- Los índices del Producto Bruto Interno.
- Índices fiscales, comerciales, aduaneros, entre otros.

Es de resaltar que conforme lo establece la Circular n.° 027-84-EF/90, el índice de reajuste de deudas a partir del mes de septiembre de 1984 sería el equivalente mensual de la variación registrada en el índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana.

2.2.9.2. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda

Como anota Uribe Restrepo[1164], ésta es la llamada «cláusula valor moneda extranjera». Así, según el citado autor, en la cláusula valor moneda extranjera el deudor se libera entregando una suma en moneda nacional referida a la cotización de una moneda extranjera, generalmente la del día del cumplimiento; como ocurre cuando el deudor se obliga a entregar el equivalente a mil dólares en moneda peruana. Aquí la moneda extranjera no figura en la obligación sino como moneda de cálculo. Según Juan Camilo Restrepo, a quien cita Uribe Restrepo, esta modalidad es frecuente en los contratos de seguros: «la prima, convenida en moneda nacional, se acuerda iría reajustada en la misma proporción como vaya subiendo la cotización de alguna moneda extranjera cada cierto tiempo».

En opinión de Uribe Restrepo, no es muy saludable el empleo de estas cláusulas en forma indiscriminada, puesto que en ocasiones la intención que mueve a los contratantes no es propiamente la de protegerse, sino la de especular con las fluctuaciones de los cambios; situación que se impediría, entendiendo que la cotización conforme a la cual se calculará la cantidad debida en moneda nacional será la vigente al momento de celebrarse el contrato y no la que rija en el momento del pago. En otras palabras, al hacerse la conversión conforme a la tasa de cambio existente

1164 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 124 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el día en que se originó la obligación se busca proteger al deudor y se hacen recaer sobre el acreedor los riesgos de una devaluación de la moneda extranjera. De esta forma se esterilizan los términos de la obligación y se evita convertir el empleo de esas cláusulas en motivo de especulación y de enriquecimiento injusto.

De otro lado, conviene apuntar la diferencia existente entre una cláusula monetarista o de moneda extranjera y una cláusula dólar, toda vez que la primera está referida a las monedas extranjeras en general, sobre las que puede convenirse el pago de la obligación; éstas son las cotizadas en nuestro país:

- Euro.
- Dólar.
- Dólar canadiense.
- Yen japonés.
- Franco suizo.
- Libra esterlina.
- Real brasileño.
- Peso chileno.
- Entre otros.

La cláusula dólar, en cambio, está referida al dólar estadounidense o dólar de los Estados Unidos de América.

Jorge Mosset Iturraspe[1165] recuerda que la admisibilidad de la cláusula «dólar» o «moneda extranjera» no ha sido pacífica. La doctrina, tanto autoral como judicial, se opuso durante mucho tiempo a ella en razón de tratarse de una cláusula monetarista, que trae al contrato interno o doméstico un bien extraño a las partes y a su ambiente económico; y le caben —por otra parte— críticas a las cuales escapan las cláusulas de estabilización o garantías económicas, índice de cereales, carnes, costo de vida, insumos, precios mayoristas, etcétera, que son propias o adecuadas —o pueden serlo en concreto— a la situación de las partes.

El propio Mosset Iturraspe ha insistido varias veces en la inconveniencia de las cláusulas monetaristas, por una pluralidad de razones, entre las que se cuentan las siguientes:

(a) Por ser contrarias al orden público económico.

(b) Por la desconfianza que trasuntan frente a la moneda nacional y al sistema económico nacional.

1165 Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos en dólares*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1990, pp. 122 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(c) Por conducir a la agudización del proceso inflacionario.

(d) Por establecer una competencia con la moneda nacional en punto a la circulación forzosa, la estimación o determinación de los valores, el poder cancelatorio, etcétera.

(e) Desde un ángulo práctico, en la medida en que tales cláusulas no guardan vinculación ni relación alguna —en la mayor parte de los casos en que aparecen—, con la situación económica concreta de quien debe, como deudor, soportar el pago de la obligación indexada sobre esa base.

(f) Esa falta de conexión entre la moneda extranjera y el patrimonio, regido por otro patrón monetario lleva a un desfase y a muy graves consecuencias particulares; y, en mérito a la generalización de tales cláusulas, también comunitarias o sociales.

Un ejemplo de cláusula monetarista en referencia al dólar estadounidense, sería el siguiente:

El día de hoy se contrae una obligación de pagar una determinada cantidad de soles, por ejemplo, cien mil, tomando como referencia el valor de esos soles con relación al dólar estadounidense. Supongamos que el día de hoy esos cien mil soles representan treinta mil dólares. Esto quiere decir que el día del pago se deberá abonar una deuda en moneda nacional (soles) pero referida o equivalente a la cantidad de soles que sea necesaria para adquirir esos treinta mil dólares. Ello no quiere decir que se deba dólares (moneda extranjera); lo que se debe son soles, pero esta cantidad de soles podrá variar desde el día en que se contrajo la obligación hasta el día del pago, ya que se ha tomado como referencia el valor que dichos cien mil soles representaba ese día (con relación a los dólares), valor que deberá mantenerse el día del cumplimiento (pago).

Similar razonamiento al efectuado en relación con los dólares estadounidenses podríamos verificar no sólo respecto a otras monedas extranjeras, sino con referencia a cualquier mercancía, como sería el caso del cobre, del oro, de la plata, del café, etcétera. Pero estos supuestos serán estudiados posteriormente.

El segundo párrafo de la norma analizada, el artículo 1235 del Código Civil peruano, está vinculado al momento que se tomará como referencia para efectuar dicho cálculo de valor. El tiempo previsto es el del día del vencimiento de la obligación.

Pero podría ocurrir, como antes lo expresamos, que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

(a) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación.

ESTUDIO MARCIAL ROJAS CASTILLO REYES

(b) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día en que se efectúe el pago.

Si el día del vencimiento de la obligación el monto a pagar en moneda nacional resultase menor que aquel que se debería abonar el día en que el deudor decida hacerlo, el acreedor optará, sin duda, por la segunda posibilidad. Si ocurriese el supuesto contrario, el acreedor no vacilará en escoger la primera de ellas.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación; evitando, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

2.2.9.3. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia el valor de una determinada mercancía

En las cláusulas de estabilización no monetarias, como expresa Uribe Restrepo[1166], a pesar de la gran variedad de modalidades que pueden revestir, se distinguen tres grandes categorías: cláusulas mercadería, cláusulas valor mercadería y cláusulas indiciarias o de escala móvil.

Así, en las cláusulas mercadería se conviene el pago mediante la entrega de una determinada mercancía distinta al dinero. Dichas estipulaciones no pueden considerarse, en rigor, como de corrección monetaria. Ellas excluyen la presencia del dinero, tanto en la obligación como en el pago.

Por otra parte, Uribe Restrepo al referirse a las cláusulas valor mercadería señala que en estas cláusulas la prestación sí consiste en la entrega de una suma de dinero. La extensión de esta obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto al dinero, que interviene sólo para ese efecto, como cuando el deudor cumple entregando el dinero equivalente al valor de mil barriles de petróleo.

2.3. ¿Deuda de dinero o deuda de valor?

De otro lado, consideramos preciso analizar si una deuda dineraria, al ser actualizada mediante una cláusula valorista, se convierte en una deuda de valor.

Al respecto, debemos señalar que mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista, el pago de una obligación dineraria tendrá un monto determinable, puesto que éste se encontrará referido al patrón sobre el cual las partes han depositado su confianza, de modo que lo debido, al momento de contraer la obligación, no es ya una cierta suma de dinero, sino más bien un cierto valor.

Se ha dicho que el pacto de actualización de una deuda dineraria significa otorgarle el tratamiento de las obligaciones de valor, señalándose que dicha indexación importaría la «novación» de una deuda dineraria por una de valor, toda vez

1166 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 127 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que las partes mediante una cláusula de estabilización se obligan a entregar una cantidad o suma de dinero corregida a tenor de la depreciación monetaria.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1167], a la luz de las reflexiones de Félix A. Trigo Represas, Augusto Morello y Antonio Trócoli, señalan que esas obligaciones dinerarias deben ser consideradas como si fuesen obligaciones de valor, ya que lo que se debe, en definitiva, no es una suma de dinero, en cuanto tal, sino el poder adquisitivo, el «valor» que el dinero tenía al momento del nacimiento del derecho creditorio.

La Casación n.º 1632-06-Lima, de fecha 21 de mayo de 2007, ha señalado lo siguiente, «Teoría valorista: el objeto de la deuda monetaria es más bien el valor de la cantidad debida; las deudas pecuniarias son deudas de valor. *Tercero.* Sobre la teoría valorista, la doctrina alemana refiere que no se dirige a la prestación de determinadas monedas ni siquiera a la prestación de una cantidad de determinadas especies monetarias, sino que el objeto de la deuda monetaria es más bien el valor de la cantidad debida; las deudas pecuniarias son deudas de valor. De aquí derivan varias consecuencias: a) el que promete una cantidad de tantos o cuantos marcos o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de a marco, en piezas de la corona, sino que sólo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural en dinero, dicha doctrina es más drástica aún, pues indica que, b) si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en una determinada especie, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra efectivo, a la denominación de la especie pecuniaria, deberá interpretarse sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad».[1168]

2.4. La cláusula valor oro y sus especiales consideraciones históricas

Ahora bien, según hemos anotado con anterioridad, entre las cláusulas mercadería usualmente utilizadas, se encuentra la cláusula oro. En relación con esta última, Eduardo Busso[1169] señala que cuando el objeto de una obligación pecuniaria es determinado con relación a cierto contenido o valor oro, se configura la cláusula oro, que Nussbaum define como «pacto en virtud del cual el deudor ha de pagar en oro, o en valor oro el importe de la deuda».

Agrega Busso que para Schoo la cláusula oro es la convención por la cual el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero del mismo

1167 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, pp. 114 y 115.

1168 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 921. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1169 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo iv, pp. 229 y ss.

valor oro que el contenido en la cantidad recibida al momento de la celebración del contrato, siendo indispensable que la moneda de pago tenga el mismo valor real adquisitivo de oro que el de la moneda del contrato.

Según Uribe Restrepo[1170], en la historia del Derecho Monetario, la cláusula oro es tal vez la más conocida y fue la de mayor empleo por un largo tiempo. Consiste en la obligación del deudor de entregar determinada cantidad de oro físico, o bien de monedas de oro debidamente especificadas. Recuerda Uribe Restrepo que la cláusula oro, conforme lo expone Ospina Botero, fue utilizada tanto por los particulares como por los Estados mismos en materia de empréstitos internacionales, y podía revestir dos modalidades: general y especial. «Mediante la primera se acordaba que el pago se haría en moneda oro que tuviera curso legal el día del vencimiento de la obligación y por la segunda se pactaba que se pagaría en monedas de oro de un peso y ley determinados, cualquiera que fuese la moneda oro que tuviese curso legal al tiempo de cumplirse la obligación». Dice el mismo Ospina Botero —citado por Uribe Restrepo— que mediante esas cláusulas buscaban protegerse tanto el acreedor como el deudor; el primero contra la posible pérdida de poder adquisitivo de la moneda y el segundo contra un eventual mayor valor que pudiera alcanzar ella.

Por su parte, Uribe Restrepo, citando a López Santa María, señala que en la clasificación o tratamiento de algunos países, a la cláusula oro suele apartársele de las demás cláusulas mercaderías por razones de orden público y por el influjo que dicho metal, tradicionalmente, ha tenido en el sistema monetario.

No obstante ello, considera el autor citado que entre las cláusulas valor mercadería y las cláusulas valor oro, no existe diferencia ontológica. En ambas la extensión de la obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto, ya sea oro, ya sea una mercancía diferente. Como dice López Santa María —a quien cita Uribe Restrepo— «Tanto en la cláusula valor oro como en la cláusula valor mercadería el dinero no interviene *in obligatione*».

A entender de Uribe Restrepo, esta aseveración vale en cuanto enseña la similitud que existe entre las mencionadas estipulaciones; pero disiente de lo que expresa este autor acerca de la situación del dinero dentro de aquellas cláusulas, pues Uribe Restrepo considera que en ellas el dinero interviene no sólo en el pago, sino también en la obligación. El objeto debido es siempre una suma de dinero, la cual, si bien no está determinada al momento del nacimiento de la obligación, es determinable en función del valor oro u otra mercancía.

Para Héctor Lafaille[1171], el acuerdo sobre la denominada «cláusula oro» ofrece distintas variantes, que motivaron estudios especiales, ya que se ha tornado

1170 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

1171 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, pp. 158 y ss.

frecuente a fin de obtener la estabilidad de las transacciones, sobre todo en aquellas de tracto sucesivo o de largos vencimientos (seguros, préstamos, etcétera).

Refiere Lafaille que, ajustándose a la noción expresada, cabe distinguir dos formas principales: la relativa a «moneda de oro» (también denominada «moneda específica»), por una parte, y por la otra, la de «valor oro», según que se trate de piezas acuñadas, correspondientes a un sistema unitario previsto, o bien de papel moneda por el valor real de dichas piezas.

Continúa precisando que al plantearse la primera hipótesis se está propiamente en el régimen de las cosas fungibles y debe el deudor procurar el signo convenido, de suerte que solamente cuando él no exista o no sea dado conseguirlo (como si hubiera sido retirado de la circulación), entonces no se extingue la deuda, pero se transforma en la de entregar cualquier especie corriente, en la medida necesaria para adquirir el mismo estándar de oro contenido en la moneda pactada, lo cual es siempre posible establecer. Anota Lafaille que dicha solución subsidiaria, en el supuesto aludido, se aplica directamente para el otro supuesto, donde se estipuló sobre determinadas especies fungibles.

Eduardo Busso[1172], por su parte, señala que la cláusula oro puede revestir dos formas: cláusulas moneda de oro y cláusulas valor oro.

En tal orden de ideas, si la obligación impone al deudor la necesidad de pagar en determinadas monedas de oro, o una cantidad dada en oro fino, se configura la cláusula «moneda de oro». Se sostiene, en general, que este tipo de obligaciones vendría a chocar con las leyes de curso legal, cuando se adoptara una moneda de pago distinta a aquella a la cual la ley atribuye tal carácter.

En cambio, cuando las partes convienen en que el deudor deberá entregar en billetes o en la moneda circulante, el valor correspondiente a determinada moneda de oro o a determinada cantidad de oro, surgen las cláusulas «valor oro».

Así, se debe cien mil soles, los cuales representan al día en que se contrajo la obligación el valor de cien onzas de oro en el mercado de Nueva York. Esto determinará, si existe pacto valorista, que el día en que se cancele la deuda deba pagarse un monto en moneda nacional equivalente a la cantidad que en soles (el día del pago) representen el valor de esas cien onzas de oro. Ello tendrá por objeto mantener el mismo valor de la prestación originalmente pactada. Supongamos que esas cien onzas de oro ya no tienen como valor cien mil soles, sino 120,000 soles, el día en que deba efectuarse el pago. El deudor, en este caso, no deberá pagar cien mil soles sino 120,000 soles, cifra esta última que, si bien nominalmente es mayor que la pactada, en un estricto criterio valorista es igual que la pactada.

A entender de Busso, la cláusula «moneda de oro» combina una deuda de dinero y una deuda de cosa, y, en realidad, absorbe a la estipulación «valor oro»,

1172 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 229 y ss.

ya que en la obligación de entregar una moneda va incluida la deuda del valor correspondiente a la moneda. En tal sentido, es una cláusula valor oro agravada con una deuda de prestación de cosa en tanto que la cláusula «valor oro» no es un reglamento de la forma del pago sino una estipulación determinativa del objeto de la obligación, pues no se refiere a «cómo se paga» sino a «cuánto se debe», y en ella el deudor no lo es de determinado número de monedas por su valor nominal sino de cierto valor oro, teniendo que entregar el número indeterminado de signos monetarios que sea menester para cubrir ese valor. Si pendiente la obligación, el oro sube, el obligado tendrá que entregar mayor cantidad de monedas; si el oro baja, ocurrirá exactamente lo contrario. La deuda se paga con la moneda en curso, pero se mide en oro, razón por la cual sufre las oscilaciones de éste y no las de aquélla.

A su turno, Uribe Restrepo[1173] señala que a diferencia de la cláusula oro, la cláusula valor oro tiene por objeto referir la cantidad de dinero que se ha de entregar a la cotización que tenga en el momento del pago una determinada cantidad de oro o moneda de oro, como sería el caso en que se quede a deber la cantidad de dinero necesaria para adquirir en el Banco de la República ochocientos gramos de oro.

Pero agrega el citado profesor que cabe notar, sin embargo, que el empleo del oro como medida de obligaciones puede arrojar montos que no se compadecen con la naturaleza de la prestación, debido a la tendencia de sobrevaloración como consecuencia del debilitamiento del sistema monetario internacional; de modo tal que esta falta de estabilidad del oro lo torna poco recomendable como medida para determinar una prestación.

En otro sentido, Uribe Restrepo manifiesta que la licitud de esta cláusula ha sido muy discutida; ante la ausencia de preceptos legales que expresamente abocaran el problema de su validez, correspondió su estudio a la jurisprudencia, habiendo sido Francia el país donde con más amplitud se ha abordado el análisis de su eficacia. Los tribunales franceses —señala—, después de muchas vacilaciones, se pronunciaron por la nulidad absoluta de la cláusula oro. El argumento de mayor peso para sustentar su ilicitud fue el de que ella atentaba contra el orden público al desconocer la soberanía que en materia de regulación del valor y del valor liberatorio de la moneda tiene el Estado.

François Gény ha censurado esa actitud de los tribunales franceses en el sentido de declarar nulas las cláusulas de oro y argumenta que no existe norma legal que las prohíba expresamente. A lo que se le ha contestado —según Uribe Restrepo— que para que dichos actos estén viciados de nulidad no es necesario que se prohíban expresamente, puesto que basta su contradicción con el orden público.

1173 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

Recuerda Uribe Restrepo que la cuestión de la validez de las cláusulas oro se planteó también en el plano del Derecho Internacional, al haberse pactado aquéllas en convenciones interestatales.

Así, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, al resolver un conflicto surgido con motivo de la ejecución de un empréstito entre Brasil y Serbia, se pronunció por su validez. La misma Francia —según relata Ospina Botero, a quien cita Uribe Restrepo— empezó a ceder en el campo de las convenciones internacionales y en la ley del 1 de octubre de 1936 estableció que «La nueva definición del franco no es aplicable a los pagos internacionales que, anteriormente a la promulgación de dicha ley, hayan sido estipulados en francos. Respecto de estos pagos internacionales, la unidad monetaria francesa será definida conforme a la ley monetaria en vigor en Francia en la época en que fue contratada la obligación, causa del pago».

Ahora bien, sobre el fin que este tipo de cláusula persigue, Busso[1174] señala que las estipulaciones a oro tienen por finalidad evitar que el valor económico de la prestación pecuniaria prometida quede sujeto a las alteraciones que pueda experimentar el valor del signo monetario pactado, y el fundamento de la confianza que la estipulación a oro despierta en los ambientes comerciales deriva de las características que son inherentes al oro como mercancía. Añade que debe tenerse en cuenta, por una parte, que el oro está vinculado al conjunto de la economía universal y es aceptado como instrumento de cambio en todos los regímenes y, por lo tanto, no queda sometido a las vicisitudes contrarias que puedan surgir con relación al proceso económico de un país determinado; y, por otra parte, su envilecimiento como medio de cambio sólo sobrevendría en el caso de que se produjera un desmedido aumento de su existencia (descubrimientos de minas, yacimientos, etcétera), sin relación con el aumento general de las riquezas, del comercio o de la producción. Pero este supuesto, sustraído casi totalmente a la iniciativa humana, no tiene un grado de factibilidad que incida en el mercado de los valores, y por todo ello el oro (sea como moneda, sea como mercancía) es el patrón de valores más estable, o —si se quiere— el menos inestable.

Y, por último, en lo que respecta a su importancia económica, la trascendencia jurídica del problema de las obligaciones a oro deriva de la extraordinaria difusión de ese tipo de estipulaciones, habiéndose señalado en los Estados Unidos de América que en determinado momento (1933), casi como una rutina, todas las obligaciones contenían la cláusula oro.

Por otra parte, precisamos que en lo relativo al contrato de compraventa, el artículo 1546 del Código Civil peruano de 1984 establece la licitud de que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235 del propio Código, precisión que resulta innecesaria y peligrosa, pues podría

1174 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 230.

entenderse que es privativa de dicho contrato, al no haberse establecido normas similares para los otros contratos típicos en los que una de las prestaciones consista en la entrega de dinero. El artículo 1235, lo afirmamos enfáticamente, es de aplicación a todos los contratos.

Ahora bien, frente a la posibilidad de que ciertos acontecimientos económicos impacten directamente en la relación jurídica que adoptó una cláusula estabilizadora, cabe preguntarse si la inclusión de ésta significa su ineludible y forzosa aplicación, de modo que ninguno de los contratantes pueda discutirla.

En principio, creemos que, a la luz de la buena fe contractual, si ambas partes libremente acordaron incorporar dicha cláusula, la pretensión de conseguir su ineficacia se tornaría estéril.

En el mismo sentido, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1175] señalan que el principio de la buena fe sirve de barrera a la pretensión de invalidar las cláusulas de estabilización, por quien en un inicio se vio beneficiado con ellas, cuando éstas se tornen, ciertamente, más favorables al otro contratante.

Sostienen, además, que en estos casos el contrato debe mirarse íntegramente y computarse no sólo la onerosidad que pueda derivar hoy de la cláusula, en un tramo limitado de la vida de esa relación jurídica, sino también los beneficios que antes brindó a esa misma parte, para obtener así un resultado equitativo, que establezca el justo equilibrio.

No obstante ello, somos de la opinión de que cuando los efectos de la cláusula de estabilización se tornan inequitativos para una de las partes, desequilibrando gravemente el valor de las prestaciones, por excepción, deberá buscarse una salida a la aplicación de dicha cláusula, por haberse configurado un elemento distorsionante en la relación jurídica.

Habrá entonces que recurrir sea a los patrones clásicos que nos ofrecen las teorías del error, la lesión o la imprevisión, o a la formulación de una solución nueva que permita restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones, que se ha perdido por acontecimientos que impactan el normal funcionamiento de las cláusulas de estabilización.

Tales acontecimientos son, a saber:

- En el supuesto de haberse pactado una cláusula valor moneda extranjera: la inestabilidad de la moneda elegida y/o las distorsiones en el mercado cambiario.
- En el caso de haberse pactado una cláusula valor oro o de ciertas mercancías: las fluctuaciones en el precio de las mercaderías o metales elegidos, o la posible intervención estatal sobre aquél.

1175 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, p. 356.

Al respecto, Mosset Iturraspe, citado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1176], anota que si bien contratar es prever, a nadie se le puede exigir la previsión o anticipo de lo imprevisible por extraordinario e inevitable; una pretensión semejante puede —muy bien— calificarse como abusiva o contraria a la buena fe.

Afirma así, el citado autor, que las cláusulas de estabilización, lo mismo que cualquier otra cláusula en el contrato, pueden estar viciadas o afectadas por un acontecimiento imprevisible.

2.5. Las cláusulas valoristas y su relación con los intereses

Dentro del análisis de las cláusulas de estabilización es necesario anotar que éstas tienen una finalidad distinta de aquélla otorgada a los intereses, cual es, como hemos señalado con anterioridad, la de mantener el equilibrio del valor de las prestaciones objeto de obligaciones de dar sumas de dinero, al protegerlas de la depreciación o desvalorización monetaria.

El devengamiento de intereses, en cambio, se produce: para compensar el costo de oportunidad del crédito otorgado o el aprovechamiento del capital prestado; o para indemnizar el retardo acaecido en el pago.

Se trata, pues, de dos materias distintas; por ello, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que en un contrato en el que se haya pactado una cláusula de estabilización naturalmente procede el devengamiento de intereses de cualquier tipo.

A decir de Zannoni[1177], el rubro de intereses y el correspondiente a la depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente: los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital; en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del dinero originario en signo monetario envilecido.

Así también lo entienden Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1178], quienes al respecto señalan que resulta impropio denominar interés a ciertas escorias, entre las cuales cabe incluir, en primer lugar, el incremento de la tasa para cubrir la depreciación monetaria.

Esta aseveración pone de manifiesto, a nuestro modo de ver, la inconsecuencia lógica evidente en la aplicación de una tasa de interés que únicamente pretenda cubrir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que, como señalan los referidos autores, se estaría disimulando la compensación por desvalorización monetaria bajo la apariencia de un mal llamado «interés».

1176 *Ibidem*, p. 354.

1177 Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, p. 131.

1178 Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Op. cit.*, p. 113.

Antes de zanjar la cuestión atinente a la compatibilidad del pago de intereses con el sistema de actualización de deudas, consideramos necesario anotar el planteamiento que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[1179] elaboraron en torno al tema. Al respecto, señalan los citados autores que en tanto se considere que el acreedor debe ser compensado por las pérdidas sufridas en forma total, producida la actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero, cabe preguntarse si el acreedor tendría derecho a recibir una suma adicional por concepto de intereses.

La satisfacción del acreedor no opera únicamente con la actualización del crédito, pues, aunque por esta vía ha de recibir una cantidad nominalmente superior a la adeudada, en realidad —midiendo todo en valores— se le estará entregando exactamente lo mismo que le era originariamente debido. La actualización de los créditos, por lo tanto, no constituye obstáculo para que se admita la procedencia del derecho a percibir una compensación a la que generalmente se le da el nombre de «intereses».

2.6. Apreciación del medio jurídico peruano en torno a la regla nominalista y a las excepciones valoristas

El artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 no ha estado libre de críticas, en nuestra opinión injustificadas. Una de ellas provino, *hace treinta y cinco años*[1180], de un grupo de investigación de la *muy prestigiosa*[1181] revista *Thémis*[1182], integrado por alumnos de la Facultad, *todos ellos hoy en día muy connotados abogados*[1183], que —si bien en el contexto de una época muy difícil— dentro de su trabajo titulado «Indexación y Derecho» sostenía que en el caso del artículo 1235 el legislador había dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el *quantum* de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tenían que guiarse por el principio nominalista; lo que —a entender de los autores en mención— hizo sin buscar un medio adecuado que logre la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Adicionalmente se dijo que al relegar el principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se estaba dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda, hipótesis en las cuales instituciones del

1179 *Ibidem*, p. 224.

1180 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

1181 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

1182 Jiménez, José Alfredo, Alberto Rebaza y Verónica Zavala. «Indexación y Derecho». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.º 14, Lima: 1989.

1183 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Derecho Civil como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación y otras no son aplicables.

Agregaba este grupo de trabajo que es en estos casos en que el juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el Derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del Derecho.

Recordaba, además, que países como Argentina y Chile, que han convivido con una inflación similar, optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía, en tanto que en nuestro país es prácticamente imposible, puesto que si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el artículo 1234 del Código Civil, incurriría en prevaricato.

Por todas esas razones consideraron que la solución debía provenir de la legislación y que en ésta se aceptara el principio valorista. Precisaban que no creían que fuese necesario que se cometieran injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el periodo de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas; sin embargo, eran conscientes de los perjuicios que podían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando veían que ella era revalorizada, por lo que no podían —así lo manifestaban— dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia, especialmente la argentina, la cual indexó, cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

Por nuestra parte, concluimos afirmando que la virtud del artículo 1235 del Código Civil peruano radica en que constituye una cláusula de salida al principio nominalista.

Es cierto que en el Perú de hoy, felizmente, carece de significación la pugnaz diferencia entre el nominalismo y el valorismo. La política económica permite toda clase de pactos en moneda extranjera o mercancías. Carecería, pues, de sentido, teniendo a la mano, por ejemplo, dólares estadounidenses, no estipular directamente en esta moneda, que sin dificultad alguna puede constituirse en la prestación *in obligatione*, para apelar a moneda nacional como objeto de la obligación y establecer de modo referencial, para el tiempo del pago, esa moneda extranjera.

Pero no debemos olvidar dos realidades.

Primero, que en las décadas anteriores a la de los noventa del siglo veinte, el Perú fue un país tradicionalmente restrictivo para la contratación en moneda extranjera, y que ello determinaba, ante la obligatoriedad de pactar en moneda nacional, que el acreedor ocasionalmente deseara protegerse con la estipulación valorista.

Y luego, que ante el relativo criterio de permanencia que debe presidir la vigencia de un Código Civil, la conducción económica es mucho más fluctuante —a menudo errática— y nada hace predecir que una economía hoy liberalizada continúe con los mismos patrones de conducta durante todo el plazo de vigencia del cuerpo civil.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA FERRE

Además, la filosofía que inspiró a los autores del Código fue que la generalidad de las transacciones comerciales a plazo se realice en moneda nacional. Pero que en casos excepcionales —por ejemplo, en la venta de un bien inmueble a pagarse en cinco años— pudiera pactarse el valorismo, ya que de lo contrario el envilecimiento de la moneda nacional durante ese lapso, y la correlativa revaluación del inmueble, generarían serios deterioros en un equilibrio contractual que las partes, sin duda, deseaban que prevaleciera.

De otro lado, debemos precisar que el Banco Central de Reserva del Perú viene publicando circulares sobre los índices de reajuste de deudas desde el mes de julio de 1981, habiendo adoptado ese mecanismo en virtud de lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Supremo n.° 136-81-EF, publicado el 3 de julio de 1981.

Finalmente, debemos recordar que la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a las consideraciones antes esgrimidas. Así, los tribunales peruanos se han pronunciado sobre el particular en diversos fallos, a saber:

> El país ha sufrido el proceso inflacionario y devaluatorio de nuestra moneda más agudo de la historia, por lo que deviene en justicia acceder a la actualización reclamada, toda vez que el valor nominal fijado resulta ínfimo y no corresponde al sentido de las consideraciones de los fallos pronunciados en autos[1184].

> Para fijar el monto indemnizatorio actualizado debe evaluarse el valor reclamado por el demandante al momento de interponerse la demanda, comparándolo con algún parámetro de actualización, por lo que se toma como parámetro de referencia el valor de una moneda que mantiene valor de cambio constante como es el dólar americano[1185].

> La indemnización por responsabilidad extracontractual necesariamente debe ser compensada con una suma de dinero que tenga curso legal. Si bien en virtud de la teoría valorista se viene utilizando como unidad de referencia una moneda dura como el dólar americano, debe entenderse que sólo sirve para graduar el monto, mas no para autorizar una indemnización en moneda extranjera[1186].

1184 Expediente n.° 1928-94. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.
1185 Expediente n.° 1898-91-Lima.
1186 Expediente n.° 2341-92-Junín.

Obligaciones de valor

Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1236

El artículo 1236 del Código Civil peruano 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; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; en el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981; ni en el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984.

2. Análisis

En 1984 el texto del artículo 1236 del Código nacional era el siguiente:

> Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

La regla contenida en el artículo 1236 del Código Civil —que fluía del contenido del artículo 1235 del mismo Código antes comentado— fue modificada por el Decreto Legislativo n.° 768, que norma el Código Procesal Civil, promulgado el 29 de febrero de 1992 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de marzo de 1992. El texto del referido precepto establecía lo siguiente:

> Artículo 1236.- Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
>
> El Juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada.
>
> La actualización del valor es independiente de lo que se resuelve sobre intereses.

Como se recuerda, el mencionado decreto legislativo dispuso que el Código Procesal Civil debía entrar en vigencia el 1 de enero de 1993. Sin embargo, posteriormente, a través del Decreto Ley n.° 25940, se prorrogó su entrada en vigor hasta el 28 de julio de 1993, fecha desde la que nos rige.

Consideramos que el texto sustitutorio del artículo 1236 del Código Civil era, en términos generales, acertado, pues luego de repetir en su primer párrafo el precepto original, recogía en el parágrafo segundo una norma que facultaba a los tribunales a efectuar, incluso durante el proceso de ejecución de sentencia, la actualización de prestaciones dinerarias.

La jurisprudencia por su parte, ha explicado también la fórmula dispuesta en el artículo 1236, mediante Casación n.° 2727-2009-La Libertad, de fecha 26 de marzo de 2010, «*Octavo.*- Que, entonces la fórmula de actualización al valor constante contenida en el artículo 1236 del Código Civil impone la obligación de establecer la deuda exacta contraída originalmente expresada en el signo monetario con el cual hubiese correspondido su abono de haberse pagado oportunamente, como dato previo e indispensable para determinar la posibilidad de su actualización a partir de la pérdida del valor nominal de las pretensiones dinerarias que se hayan distorsionado con el transcurso del tiempo por la devaluación del signo monetario».[1187]

Otro aspecto de interés era que a través del segundo párrafo de la modificatoria del artículo 1236 se autorizaba a los jueces a emplear cualquiera de los índices de estabilización contemplados por el artículo 1235 del Código Civil.

Sin embargo, se precisaba que debían tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada. Esto significaba, a nuestro criterio, que el juez tenía que explicar por qué razón había adoptado un índice de referencia determinado y no otro. Entendemos que el índice que escogiese el juez debía estar íntimamente relacionado con la deuda de valor de que se tratara, a fin de que ésta mantuviera intacto dicho valor.

No obstante lo anterior, posteriormente se volvió al texto original de la norma consignada en el Código de 1984, en virtud de la modificación operada por el artículo 1 de la Ley n.° 26598, promulgada el 22 de abril de 1996.

1187 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2727-2009-La-Libertad-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Como se observa, el problema con que debe enfrentarse el valorismo es el relativo a la elección de un indicador económico adecuado para medir los cambios en el poder adquisitivo de la moneda.

Expresan Starck, Roland y Boyer[1188], que cuando la deuda tiene por objeto una restitución o una reparación, se habla de deuda de valor. Se trata de una noción que la doctrina francesa, bajo la influencia del Derecho Germánico, ha dado a conocer para explicar las numerosas soluciones del derecho positivo. La idea general es eliminar la incertidumbre de la depreciación monetaria, difiriendo el momento de la evaluación: la deuda «[...] en lugar de estar fija a una determinada cifra por adelantado, lo está según un "valor" real, ella misma apreciada en el momento del vencimiento». Agregan que, según un análisis, la deuda de valor residiría en una obligación de hacer que sujeta al deudor para procurar al acreedor cierto resultado, sea cual fuere el precio, mientras que la deuda en efectivo consistiría en una obligación de dar sustentada sobre una cantidad fija de unidades monetarias.

A decir de Uribe Restrepo[1189], una primera distinción se haría sobre la base de la clase de poder adquisitivo buscado por las partes. Dicho poder adquisitivo puede ser interno o externo. Según Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, debe presumirse, por regla general, que las partes están interesadas en el poder adquisitivo interno, presunción que en ciertos casos de operaciones relacionadas con el comercio exterior, podría ser desvirtuada, con el objeto de que se midiera el poder adquisitivo con base en el tipo de cambio.

Refiere Uribe Restrepo que en el campo interno, siguiendo a Hirschberg, son dos las alternativas que se presentan frente al problema de cómo medir las fluctuaciones en el poder adquisitivo.

Una primera solución sería la de dejar a los jueces la facultad discrecional de escoger el índice que consideren más adecuado. Esta solución fue acogida durante la revaluación alemana, y es criticada por Hirschberg en razón de que la incertidumbre acerca de cuál sería el criterio que debería seguir el juez condujo a litigios innecesarios. Considera Uribe Restrepo que resulta evidente, dentro del marco de la solución valorista, que no parece prudente dejar a la entera voluntad de los jueces la elección del índice que determine la fluctuación en el poder adquisitivo, pues en el fondo, ellos (los jueces) estarían determinando la extensión misma de la obligación, ya que evidentemente ésta puede llegar a montos muy distintos según el índice utilizado, creando así inseguridad y aun desigualdades.

Anota Uribe Restrepo que una segunda solución sería la de establecer distintos índices según el tipo de contrato, o mejor, según el tipo de acto jurídico que dio lugar a la obligación dineraria. Dividirían así los contratos relacionados con el

1188 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 77.

1189 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

consumo, o con la producción y el comercio mayorista, o con el crédito y la inversión, y se aplicaría a cada categoría un índice apropiado. Pero, sin embargo, esta solución, aunque aparentemente más justa y técnica, implicaría un gran esfuerzo por parte del legislador y sólo serviría para fomentar más litigios (se empezaría por discutir sobre la categoría a que pertenece el respectivo acto), lo que dista mucho de ser lo ideal.

En tal orden de ideas, y no obstante haber considerado acertada la reforma del texto original del artículo 1236 del Código Civil peruano, creemos que un uso inadecuado por parte de los tribunales acerca de esta facultad de reajuste de las obligaciones dinerarias podría consagrar montos excesivos o diminutos, si se adoptase reajustes con base en indicadores arbitrarios. La solución parecería pues orientarse a los índices vinculados a la naturaleza del acto jurídico que originó dicha obligación. Por eso preferimos la brevedad y concisión del texto original de la norma, que —como hemos señalado— actualmente se encuentra en vigencia.

Por lo demás, resulta evidente que el artículo 1236 del Código Civil no es que constituya una excepción al principio nominalista en las obligaciones dinerarias, dentro del régimen peruano a este respecto, sino que versa sobre un supuesto muy distinto: no trata sobre las deudas de dinero, sino sobre las deudas de valor.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia en la Casación n.° 2171-99-Ica, de fecha 5 de julio de 2000, cuando señala, «En la llamada deuda de valor, la génesis está constituida por un valor abstracto, que debe ser solventado mediante un importe dinerario. *Cuarto.* Existen dos formas conocidas de la obligación de dar suma de dinero: las obligaciones de dinero y las obligaciones de valor; la deuda pura de dinero es aquella en la cual, desde su origen, la prestación es el dinero y se debe cumplir con esa misma materia; en cambio, en la llamada deuda de valor, la génesis está constituida por un valor abstracto, que debe ser solventado mediante un importe dinerario; tienen en común que ambas se extinguen entregando dinero, pero difieren en su nacimiento [Compagnucci de Caso]; esta última noción ha sido recogida por el artículo 1236 del código material al señalar que cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día de pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».[1190]

De otro lado, resulta claro que la actualización de valores es independiente de lo que se resuelva sobre intereses. Ella constituye una solución natural, pues la estabilización de las sumas de dinero en las obligaciones de dar tiene por finalidad la simple actualización del capital adeudado, en tanto que los intereses, si son compensatorios, buscan compensar o retribuir el uso del bien adeudado, en tanto que si son moratorios tendrían por finalidad indemnizar la mora en el pago.

1190 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 923. [Texto correspondiente a la tercera edición]

No está de más señalar que tampoco serían incompatibles con las cláusulas de estabilización las indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios, pues estas últimas están dirigidas a resarcir los deterioros patrimoniales, compensatorios o moratorios, según fuere el caso.

En suma, resulta lógico, a todas luces, el principio comentado, que constituye un avance significativo en relación con el Código anterior, de 1936, que no preveía tal solución.

En efecto, el objetivo del artículo 1236 del Código peruano radica, fundamentalmente, en la necesidad de que el acreedor que ve incumplida la obligación por el deudor y que le exige la restitución de una prestación o su valor, reciba en valores constantes dicha prestación o dicho valor. En caso contrario, en países como los nuestros en que la devaluación de la moneda nacional, en menor o en mayor grado, es frecuente, surgiría un indebido aprovechamiento por el deudor, quien vería compensado su dolo o su culpa con pagos diminutos, es decir, con beneficios que repugnan a los más elementales principios de justicia.

La inejecución de la obligación de valor, por causas imputables al deudor, tiene que ir aparejada por una indemnización de daños y perjuicios que va más allá de la restitución de la prestación o de su valor. Es verdad que el demandante, en este caso, el acreedor, algunas veces deja librada la determinación del monto indemnizatorio a su fijación por el juez. Pero suele ocurrir, y ello es lo más frecuente, que en la demanda de indemnización se señale su cuantía. Si el juez, al ejecutar un fallo condenatorio, careciera de la atribución de actualizar su valor, el monto de la indemnización, como consecuencia de la devaluación de la moneda, podría ser absolutamente discordante con la legítima pretensión del acreedor al promover su demanda, debido, justamente, al envilecimiento de lo originalmente reclamado. Pero debemos subrayar que seguimos refiriéndonos a las deudas de valor, no a las de dinero, cuyo monto —inamovible, por cierto— se ciñe a la rigidez del artículo 1234 del Código Civil peruano, por más justo o injusto que fuere el resultado, con la variante valorista que prevé el artículo 1235 del mismo Código.

Desde luego que en esta materia prevalece la autonomía de la voluntad y cabe, por lo tanto, el pacto en contrario, aun cuando adelantamos que sería altamente improbable que un acreedor aceptara tal estipulación al tiempo del nacimiento de una deuda de valor.

¿Pero cuáles son las deudas de valor que, teniendo esta naturaleza, contempla el Código de 1984?

Son numerosos los casos en que el Código Civil peruano recoge supuestos de deudas u obligaciones de valor. Sin embargo, antes de realizar un breve recuento de dichos preceptos normativos, creemos necesario señalar que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el tema prescribiendo que: «El artículo 1236 del Código Civil dispone que cuando por mandato de la ley o resolución judicial debe restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que

EDICIONES JURÍDICAS GRIJLEY

tenga el día del pago»[1191]. También se ha señalado que: «El *quantum* necesariamente debe representar lo que de valor patrimonial se estimó en el momento de la interposición de la demanda, y luego el monto definitivo que se ordena pagar debe adecuarse al poder adquisitivo que la moneda tiene al momento de la extinción de la obligación»[1192].

Ahora bien, a continuación efectuamos, sólo a modo ilustrativo, una enumeración de los preceptos en que el Código Civil de 1984 recoge supuestos de deudas de valor:

2.1. Valorización del inventario de bienes del ausente

Según el artículo 51, primer párrafo, del Código Civil la posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario «valorizado».

2.2. Supuesto de pérdida del derecho a utilizar el plazo

De acuerdo con el inciso 1 del artículo 181 del Código, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

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.

2.3. Cumplimiento del cargo

Según lo dispone el artículo 187, el gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el «valor» de la liberalidad.

2.4. Falta de contribución de uno de los cónyuges al sostenimiento del hogar

De conformidad con el artículo 305 del Código, si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el «valor» de los bienes que reciba.

2.5. Supuesto de reembolso de valor del suelo

Según el artículo 310, son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo,

1191 Expediente n.° 1928-98. Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.
1192 Expediente n.° 564-99-Arequipa. En *Normas Legales,* n.° 240, p. J-22.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el «valor» del suelo al momento del reembolso.

2.6. Inventario de los bienes al fenecer la sociedad

De acuerdo al artículo 320, fenecida la sociedad de gananciales, se procede de inmediato a la formación del inventario «valorizado» de todos los bienes. El inventario puede formularse en documento privado con firmas legalizadas, si ambos cónyuges, o sus herederos, están de acuerdo. En caso contrario, el inventario se hace judicialmente.

2.7. Supuesto de reintegro de valor de la casa familiar, en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 323, cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de «valor», si lo hubiera.

2.8. Reintegro de valor en caso de enajenación de bienes hereditarios

Según lo dispone el artículo 666, el poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero, y si se le adeudara, se trasmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el «valor» del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

2.9. Caso en que los gananciales fuesen de menor valor que la casa familiar

De acuerdo a lo previsto por el artículo 731, cuando el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el «valor» necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal o convivencial, dicho cónyuge o miembro de una unión de hecho podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el «valor» del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

Se indica también que la diferencia de «valor» afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

PEDRO MARIO CASTILLO FAVRE

2.10. Facultades del cónyuge supérstite con respecto a la casa familiar

Según el artículo 732, si en el caso del artículo 731 el cónyuge o miembro de una unión de hecho sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el «valor» del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.

2.11. Legados que excedan la parte disponible de la herencia

De conformidad con el artículo 770, si el «valor» de los legados excede de la parte disponible de la herencia, éstos se reducen a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados.

2.12. Ausencia de sucesores testamentarios o legales

De acuerdo a lo establecido por el artículo 830, a falta de sucesores testamentarios o legales, el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria a la Sociedad de Beneficencia o, a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país, o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el «valor» de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada el diez por ciento del «valor» neto de los bienes adjudicados, que será abonado por la entidad respectiva con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.

2.13. Colación de bienes

Según el artículo 833, la colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su «valor». Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su «valor». En ambos casos, el «valor» del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.

2.14. Colación en especie

De conformidad con el artículo 834, el que colaciona en especie deducirá en su favor el «valor» de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.15. Supuesto de liberalidad consistente en dinero o valores

De acuerdo al artículo 835, si la liberalidad consistió en dinero, créditos o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el «valor» colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En caso de discrepancia entre los herederos, el «valor» será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.

2.16. Discrepancia sobre el valor de los bienes colacionables

Dispone el artículo 858 que si hay desacuerdo entre los herederos sobre los derechos de alguno de ellos acerca de la obligación de colacionar o del «valor» de los bienes colacionables, se hará la partición prestando garantía para los resultados del juicio que se promoviere.

2.17. Imposibilidad de adjudicar en especie los bienes a los herederos

Conforme al artículo 859, los bienes se adjudicarán en especie a cada uno de los herederos. De no ser posible, el «valor» de sus cuotas le será pagado en dinero.

2.18. Indemnización en bienes adjudicados

Según el artículo 866, 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.

2.19. Obligación del poseedor de mala fe

Establece el artículo 910, que el poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su «valor» estimado al tiempo en que los percibió o debió percibir.

2.20. Restitución del valor de las mejoras

De conformidad con el 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 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.

2.21. El caso de la expropiación

Se trata de una típica deuda de «valor». Según lo establece el artículo 928, la expropiación se rige por la legislación de la materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma ha sido aclarada por el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993 y que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, con la siguiente redacción:

> Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

2.22. Objeto hecho con materia ajena

Según el artículo 937, el objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el «valor» de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus «valores» respectivos.

2.23. Edificación de buena fe en terreno ajeno

De conformidad a lo prescrito por el artículo 941, cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el «valor» de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el «valor» actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el «valor» comercial actual del terreno.

2.24. Edificación en terreno ajeno, habiendo obrado de mala fe el propietario del terreno

Según prescribe el artículo 942, si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el «valor» actual de la edificación o pagar el «valor» comercial actual del terreno.

2.25. Edificación de mala fe en terreno ajeno

De acuerdo con el artículo 943, cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su «valor». En el primer caso, la demolición es de cargo del invasor.

2.26. Supuesto de invasión de propiedad vecina con edificación

Prescribe el artículo 944 que cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su «valor», salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943.

2.27. Edificación o siembra con materiales ajenos o plantas o semillas ajenas

Conforme al artículo 945, el que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el «valor» de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Si la edificación o siembra es hecha de mala fe, se aplica lo previsto en el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del «valor» de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

2.28. Inseminación con elementos reproductivos ajenos

Según el artículo 946, en los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el «valor» del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho «valor», si lo hace de mala fe.

2.29. Decisiones en caso de copropiedad

El artículo 971 prescribe que las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1.- Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.

2.- Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el «valor» de las cuotas.

2.30. Partición convencional en caso de copropietario incapaz

Conforme al artículo 987, si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o «valor» determinado para efectos tributarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.31. Pared medianera levantada en uno de los predios

De acuerdo al artículo 995, si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del «valor» actual de la obra y del suelo ocupado.

2.32. Usufructo y expropiación

Conforme al artículo 1003, en caso de expropiación del bien objeto del usufructo, éste recaerá sobre el «valor» de la expropiación.

2.33. Derecho de superficie

Según lo establecido por el artículo 1030, puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su «valor», salvo pacto distinto.

2.34. Supuesto de onerosidad de la servidumbre

De acuerdo al artículo 1052, la servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al «valorizársela», deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente.

2.35. Formalidades de la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos trasmisibles por endoso

Según el artículo 1108, la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos trasmisibles por endoso o al portador, consignará, además de las circunstancias propias de la constitución de hipoteca, las relativas al número y «valor» de los títulos que se emitan y que garanticen la hipoteca, la serie o series a que correspondan, la fecha o fechas de la emisión, el plazo y forma en que deben ser amortizados, la designación de un fideicomisario y las demás que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos.

2.36. Prohibición de pacto comisorio

De acuerdo al artículo 1111, aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el «valor» de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

2.37. Principio de identidad en el pago

Según establece el artículo 1132, el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor «valor».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.38. Teoría del riesgo en caso de pérdida del bien por culpa del acreedor

Según dispone el inciso 3 del artículo 1138 del Código Civil 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.

2.39. Pérdida del bien en caso de obligación nacida de delito o falta

De conformidad con el 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.

2.40. Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del acreedor

Según dispone el 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.

2.41. Consolidación en caso de obligaciones indivisibles

De acuerdo al 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.

2.42. Novación, compensación, condonación, consolidación o transacción entre el deudor y uno de los acreedores de obligación indivisible

Según establece el 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.43. Daños y perjuicios en obligación indivisible

Conforme al 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.

2.44. Daños y perjuicios en obligación solidaria

Dispone el artículo 1195 que 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.

2.45. Cláusulas valoristas

Conforme al artículo 1235, no obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en «valor» constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al «valor» de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al «valor» de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

2.46. Obligaciones de valor

Conforme al artículo 1236, cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

2.47. Intereses en obligaciones no pecuniarias

Según el artículo 1247, en la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al «valor» que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.48. Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores

De acuerdo al artículo 1248, cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el «valor» de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza el día siguiente al de su vencimiento.

2.49. Pago indebido aceptado de mala fe

Conforme al artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el «valor» del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

2.50. Aplicación supletoria de las normas de pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer

Como establece el artículo 1276, las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del «valor» de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

2.51. Imposibilidad de probar el monto de los daños y perjuicios

Según el artículo 1332, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con «valoración» equitativa.

2.52. Efectos de la resolución contractual

Conforme al tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el «valor» que tenían en dicho momento.

2.53. Momento de apreciación de la desproporción entre las prestaciones, en caso de lesión

De acuerdo al artículo 1449, la desproporción entre las prestaciones se apreciará según el «valor» que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.

EDICIÓN CASTILLO FREYRE

2.54. Supuesto de fenecimiento del proceso de lesión

Según el artículo 1450, fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de «valor».

2.55. Reconvención del reajuste de valor en la lesión

Señala el artículo 1451 que el demandado puede reconvenir el reajuste del «valor». En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de «valor» establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

2.56. Supuesto de imposibilidad de ejercitar la acción por lesión

Conforme al artículo 1456, no puede ejercitar la acción por lesión el copropietario que haya enajenado bienes por más de la mitad del «valor» en que le fueron adjudicados.

2.57. Obligación del transferente frente al adquirente

Según dispone el artículo 1485, en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su «valor».

2.58. Derechos del adquirente frente al transferente

Prescribe el inciso 1 del artículo 1495, que el adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente el «valor» del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; y según el inciso 3, 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.

2.59. Reembolso del valor de mejoras en el saneamiento por evicción

De conformidad al artículo 1496, si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su «valor» será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar éste a aquél.

2.60. Supuesto de evicción parcial

De acuerdo al artículo 1501, en caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el «valor» de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.61. Evicción en transferencia de bienes en conjunto

Conforme al artículo 1502, el adquirente puede ejercitar la facultad opcional del artículo 1501 cuando se le transfieren dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de evicción pierde el derecho sobre alguno de ellos.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior rige aun cuando se haya señalado un «valor» individual a cada uno de los bienes transferidos.

2.62. Saneamiento por vicios ocultos

Según el artículo 1505, hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban «valor» o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

2.63. Saneamiento por vicios ocultos en la venta de bienes en conjunto

Establece el artículo 1506 que cuando se transfieren dos o más bienes conjuntamente, el vicio de cada uno dará derecho a la acción correspondiente y no se extenderá a los otros, a no ser que el adquirente no hubiese adquirido el otro u otros sin el que adolece del vicio. Se presume esto último cuando se adquiere un tiro, yunta, pareja, juego o análogos, aunque se hubiera señalado un «valor» separado por cada uno de los bienes que lo componen.

2.64. Saneamiento por cargas, limitaciones o gravámenes ocultos

De acuerdo al artículo 1509, hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticias al celebrarse el contrato, si éstos son de tanta importancia que disminuyen el «valor» del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto.

2.65. Obligación del transferente con respecto al adquirente

Según lo establecido por el inciso 1 del artículo 1512 del Código Civil, la resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente, el «valor» que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.

2.66. Saneamiento por hecho propio del transferente

De conformidad con el artículo 1524, el transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el «valor» del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.67. Precio mixto

Según el artículo 1531, si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el «valor» del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor.

2.68. Limitaciones al pacto de retroventa

Conforme al artículo 1587, es nula la estipulación que impone al vendedor, como contrapartida de la resolución del contrato, la obligación de pagar al comprador una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

También es nula, en cuanto al exceso, la estipulación que obliga al vendedor a devolver, en caso de resolución del contrato, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el «valor» adquisitivo del precio.

2.69. Potenciales retrayentes

Según el inciso 6 del artículo 1599, tienen derecho de retracto los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su «valor».

2.70. Donación de bienes muebles de escaso valor

Conforme al artículo 1623, la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su «valor» no exceda del 25 % de la Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento en que se celebre el contrato.

2.71. Donación de bienes muebles de relativo valor

De acuerdo al artículo 1624, si el «valor» de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.

2.72. Donación de bienes inmuebles

Según dispone el artículo 1625, la donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su «valor» real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.73. Donación inoficiosa

Conforme al artículo 1629, nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.

La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.

El exceso se regula por el «valor» que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

2.74. Invalidación de la donación en casos de supervivencia o sobreviniencia de hijos

De acuerdo al artículo 1635, invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su «valor» de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.

Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

2.75. Excepción a la invalidación de pleno derecho de la donación en que sobreviva un hijo del donante

Señala el artículo 1636 que no queda invalidada de pleno derecho la donación en el caso del artículo 1634, cuando el «valor» del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de hacer la donación. En este caso, es necesario que el donante la declare sin efecto.

2.76. Invalidación de donaciones con cargo

Según el artículo 1642, en el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el «valor» del servicio prestado o del cargo satisfecho.

2.77. Mutuo entre cónyuges

Prescribe el artículo 1650 que el mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su «valor» exceda el límite previsto por el artículo 1625 (límite que —dicho sea de paso— ya no existe).

2.78. Excepciones a las formalidades del mutuo de incapaces o ausentes

De acuerdo al artículo 1652, en el caso del artículo 1651, no será necesaria la intervención de los representantes o el cumplimiento de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el «valor» del bien mutuado no exceda diez veces el Sueldo Mínimo Vital mensual.

ESTUDIO CARLOS CASTILLO FREYRE

2.79. Imposibilidad de devolver el bien mutuado

Establece el artículo 1661 que si el mutuatario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el «valor» que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago.

2.80. Obligación de devolver valor en caso de bienes avaluados previamente

Según el artículo 1662, si en el caso del artículo 1661 fueran avaluados los bienes al momento de la celebración del contrato, el mutuatario está obligado a satisfacer el «valor» que se les dio, aunque valgan más o menos al momento del pago.

2.81. Destrucción de bien arrendado, que había sido asegurado

De acuerdo al artículo 1684, si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.

Si se trata de bien «valorizado» y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.

Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

2.82. Destrucción del bien y pluralidad de arrendatarios

Conforme al artículo 1685, si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al «valor» de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos, quien, en tal caso, será el único responsable.

2.83. Obligación del hospedante en cuanto a custodia de bienes

Señala el artículo 1721 que el hospedante no puede negarse a recibir en custodia o a que se introduzcan los bienes a que se refiere el artículo 1718, sin justos motivos. Se consideran tales, el excesivo «valor» de los bienes en relación con la importancia del establecimiento, así como su naturaleza en cuanto constituya obstáculo respecto a la capacidad del local.

2.84. Reembolso del valor del bien dado en comodato

Prescribe el artículo 1742 que el comodatario debe pagar el «valor» del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.85. Enajenación del bien por los herederos del comodatario

Según el artículo 1749, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su «valor» o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que haya hecho uso de la acción reivindicatoria.

Si los herederos hubiesen conocido del comodato, indemnizarán además los daños y perjuicios.

2.86. Imposibilidad de devolver el bien dado en comodato

Establece el artículo 1750 que cuando sea imposible devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su «valor», de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

2.87. Reaparición del bien dado en comodato

Según indica el artículo 1751, pagado el bien dado en comodato por haberse perdido, si posteriormente lo halla el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirlo, pero éste tendrá la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario lo que recibió.

Si el hallazgo lo realiza el comodante, puede retenerlo devolviendo el bien o «valor» que recibió o, en su defecto, entregando el bien hallado al comodatario.

Si el bien fue hallado por un tercero, el comodante está facultado para reclamarlo y, una vez recuperado, devolverá al comodatario lo que éste le hubiese pagado.

2.88. Contrato de obra por pieza o medida

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1781, el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de «valorizaciones» por avance de obra convenida.

2.89. Acciones por depósito hecho a incapaz

Según prescribe el artículo 1815, no hay acción civil por el depósito hecho a un incapaz, sino únicamente para recobrar lo que existe y para exigir el «valor» de lo consumido en provecho del depositario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.90. Obligación de depositarios de títulos valores

Conforme al artículo 1828, los depositarios de títulos valores, o documentos que devenguen intereses, están obligados a realizar su cobro en las épocas de sus vencimientos, así como a practicar los actos que sean necesarios para que dichos documentos conserven el «valor» y los derechos que les correspondan.

2.91. Enajenación del bien por el heredero del depositario

Señala el artículo 1843 que el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el «valor» no le hubiese sido entregado.

En el supuesto de que el heredero conozca que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

2.92. Cláusula de reajuste de valor en la renta vitalicia

De conformidad a lo establecido por el artículo 1930, es válida la cláusula que permite el reajuste de la renta a fin de mantenerla en «valor» constante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deuda contraída en moneda extranjera

Artículo 1237.- Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

1. Fuentes nacionales del artículo 1237

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 tema es tratado por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 215: «El pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario.— La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago»; seguido por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 205: «El pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario.— La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago».

Posteriormente regularon la materia el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1240: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago»; y el Código Civil de 1936, artículo 1249: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue previsto por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, artículo 98: «El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional

TRATADO DE DERECHO CASTILLO FREYRE

al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento.— Si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional, según el tipo de cambio de la fecha de vencimiento o el que rija el día del pago»; por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 103: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.— El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento de la obligación.— Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1257: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.— El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.— Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1204: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.— El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.— En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago».

2. Análisis

Como expresa Mosset Iturraspe[1193], conviene tener muy en claro que la cláusula dólar puede cumplir en los contratos dos funciones diferentes:

(a) Incorporarse con el solo objeto de jugar como índice móvil, cláusula de estabilización o de garantía, para cubrir el negocio de la inflación, debiendo el deudor o *solvens,* al momento del pago, convertir los dólares en moneda nacional al cambio admitido o convenido lícitamente, sin que actúe como moneda de pago la nacional, de curso legal. Éste es el supuesto ya analizado dentro de las hipótesis que contempla el artículo 1235 del Código Civil peruano. En realidad, en este caso —en estricto— no estaríamos frente a la llamada «cláusula dólar», sino ante la «cláusula valor dólar».

1193 Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, pp. 121 y 122.

(b) Incorporarse al contrato como moneda esencial de éste, en la cual se debe efectuar el pago por el deudor. Éste es el supuesto contemplado por el artículo 1237 del Código nacional. Esta es, en estricto, la «cláusula dólar».

En opinión de Eduardo B. Busso[1194], en principio los signos monetarios extranjeros no son dinero fuera de los límites de su soberanía y se les debe considerar mercancías. Pero ello no impide que puedan funcionar como «medios de pago» en la medida en que sean admitidos en el tráfico mercantil.

El principio general planteado por el artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 está contenido en su primer párrafo y consiste en que pueden concertarse obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

Debe quedar claro que este precepto no contempla el supuesto de que la obligación haya sido pactada en moneda nacional sin haberse adoptado ningún índice de referencia (artículo 1234), ni tampoco aquel otro supuesto en que se hubiera estipulado una obligación dineraria en moneda nacional, pero tomando como índice de referencia a una moneda extranjera (artículo 1235). El supuesto del artículo 1237 es que se hubiese contraído una obligación en moneda extranjera y no en moneda nacional, lo que equivale a decir que aquello que se debe no es un monto determinado o determinable en moneda nacional, sino un monto determinado en moneda extranjera.

El artículo 1237 del Código Civil hace referencia, en su primer párrafo, a la frase «no prohibidas por leyes especiales» por estar la norma escrita en plural. Podría entenderse esta disposición como aludiendo a monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales, pero no es éste su sentido.

El Código se ha ubicado en la hipótesis de que en virtud de una disposición legal se margine la posibilidad de contraer obligaciones en moneda extranjera, lo que podría ocurrir por diversas razones derivadas de la conducción económica del país. Sin embargo, hoy no se plantea tal situación, como sí sucedía con frecuencia en el pasado. Se aclara, sin embargo, que el legislador utilizó la expresión «leyes especiales» para exigir que cualquier restricción emanara del Congreso de la República, evitando, en esta materia, intervenciones autónomas del Poder Ejecutivo o del Banco Central de Reserva del Perú que, eventualmente, pudieran haber sido excesivas.

Expresa Hernández Gil[1195], que en las deudas de moneda extranjera el medio de pago está constituido, en principio, por la propia moneda extranjera. Pero existen amplias zonas de las relaciones obligacionales en que el abono de divisas no resulta realizable, bien por una imposibilidad material, bien por una imposibilidad legal (la no autorización de la adquisición de divisas o la prohibición de su dis-

1194 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 211.

1195 Hernández Gil, Antonio. *Op. cit.*, pp. 410 y ss.

ponibilidad). Entonces, el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar del cumplimiento. Esto exige la reducción de una moneda a otra, el establecimiento de la equivalencia. Agrega el citado profesor que el tipo de cambio en razón del cual debe fijarse la equivalencia es el vigente en el lugar del cumplimiento. Se discute si el día que ha de tenerse en cuenta a efectos de la fijación del tipo de cambio es el del vencimiento o el del pago. En la hipótesis del cumplimiento normal no hay problema por la coincidencia de ambos momentos. La dificultad surge cuando se produzca un retraso en el cumplimiento o, más ampliamente, un incumplimiento. La solución correcta, en opinión de Hernández Gil, es atenerse al día del vencimiento. Ahora bien, las fluctuaciones en los tipos de cambio que se produzcan con posterioridad al vencimiento y antes del pago no deben traducirse en un perjuicio para el acreedor. Éste estará asistido del derecho a reclamar, en concepto de indemnización, la diferencia. Por el contrario, el deudor que incumple habrá de soportar las consecuencias de su conducta.

En el Perú no existe tal dificultad. El tercer párrafo del artículo 1237 faculta al acreedor, para la hipótesis de que el deudor retarde el pago, a exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Según Uribe Restrepo[1196], la estipulación en moneda extranjera efectuada dentro de una operación interna denota una desconfianza en la moneda nacional como medida de valor. De ahí que, en estos casos, la ley permita al deudor ejercer la llamada facultad de sustitución, en virtud de la cual puede liberarse entregando a su acreedor el equivalente en moneda nacional. Esta es la llamada «deuda valutaria impropia», en oposición a la deuda valutaria propia, en la cual el acreedor tiene derecho a exigir el pago en moneda extranjera.

El mismo problema se ha planteado muchas veces en Argentina. Mosset Iturraspe[1197] precisa que, en opinión de la doctrina de su país, las razones que llevan a los celebrantes a no contratar en moneda nacional son las siguientes:

(a) El primero, fundamental, indudable, el argumento de la moneda nacional; su depreciación extrema le ha quitado la confianza del ciudadano, no inspira fe, no se cree en ella, ni se la quiere.

(b) Luego, la búsqueda afanosa de una moneda de reemplazo, sustitutiva; la necesidad de que exista en los negocios onerosos una moneda que sirva de precio o contraprestación, que sea fuerte y estable.

(c) Es, otra vez, la seguridad, como valor anhelado, ahora en su versión económica; la moneda nacional es inseguridad, imposibilidad de prever o anticipar,

1196 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 123.

1197 Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

fuente entonces de negocios aleatorios, verdaderas aventuras, o de malos negocios, a secas.

(d) El mal ejemplo del propio Estado, que ha contratado su enorme deuda interna en bonos que se rescatan en dólares; y una y otra vez, aquí y allá, alude a la moneda norteamericana.

(e) El sálvese quien pueda: al contratante acreedor de los dólares no le interesa la situación de su deudor, su comprador, inquilino o mutuatario; ¿cómo hará para conseguirlo?; ¿a qué precio?; ¿qué oscilación deberá soportar?; son los problemas ajenos, extraños, que no le competen a la otra parte.

(f) La tentación de un enriquecimiento, cualquiera que sea su costo; el contrato ha dejado de ser un instrumento de cooperación leal, una unión de intereses equilibrados.

(g) Es innegable que también coadyuva la oscuridad que ha imperado acerca de la vigencia y el alcance de las normas monetarias y privadas que se refieren a la contratación en dólares, como el desconocimiento preciso sobre las posibilidades que otorga el mercado de cambios: la licitud o ilicitud del dólar marginal, negro o libre.

(h) Todo esto, y mucho más que los especialistas en economía, mercado y psicología pueden agregar, ha llevado, como ya se ha señalado, a una dolarización de la economía (*Mosset se refiere a una situación que en el Perú se disipó hace ya muchos años*[1198]): se piensa en dólares, se contrata en esa moneda, se quiere sólo esa moneda para inversión, ahorro o salvaguarda, o meramente para continuar en las transacciones.

Pero más allá de las razones antes señaladas por Mosset Iturraspe, este profesor anota los argumentos decisivos a favor de la admisibilidad de la contratación en moneda extranjera:

(a) La contratación en dólares es un uso interesado, que aparece como cláusula predispuesta en la contratación. Como lo demostró Federico de Castro y Bravo en su polémica con Joaquín Garrigues, no tiene fuerza normativa en sí misma, no es un uso con poder jurigenético.

(b) Esa realidad negocial o del tráfico no puede desconocer el orden público en su faz económica.

(c) Desde la visión de la Filosofía del Derecho, Reale, Goldschmit y los cultores del trialismo nos han enseñado que la realidad se debe compadecer, en su afán normativo, con la legislación vigente y con la escala axiológica, con los valores reconocidos en una comunidad.

1198 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por nuestra parte, consideramos claro que, de acuerdo con la legislación peruana, cuando se contrae una deuda en moneda extranjera ésta podrá ser pagada en la misma moneda extranjera (no en otra moneda extranjera) o en moneda nacional.

En virtud del texto original del artículo 1237 del Código peruano, esta era considerada imperativamente como una obligación de carácter facultativo, impuesta por mandato de la ley en favor del deudor de una obligación en moneda extranjera. El deudor, al pagar su obligación, podía elegir entre hacerlo en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación o, en su caso, al tipo de cambio de venta del día en que efectuara el pago. Pero si era el acreedor quien demandaba el cumplimiento de dicha obligación, no podía hacerlo en un monto dinerario expresado en moneda nacional, sino en la moneda extranjera pactada, pues cosa distinta era que el deudor pudiera pagarla en moneda nacional.

En esta obligación facultativa la moneda extranjera constituía la prestación principal, mientras que la moneda nacional integraba la prestación accesoria.

Como expresa Uribe Restrepo[1199], con la facultad de sustitución se busca preservar el curso legal o poder liberatorio de la moneda colombiana. De ahí que la jurisprudencia de su país haya considerado inválidas las cláusulas mediante las cuales el deudor renuncia a dicha facultad, llamadas «cláusulas de pago», pues ellas equivalían a una derogación particular del poder liberatorio que imperativamente ha asignado la ley a la moneda nacional.

Por otra parte, y volviendo al Código peruano, en lo que respecta a la moneda extranjera y a la facultad de pagar en soles, consideramos que naturalmente las partes podrían ser más específicas que la ley en lo que respecta a qué precio de venta se deberá tomar en consideración. Así podría señalarse, por ejemplo, que fuese el precio más alto del día de pago en el mercado del jirón Ocoña (mercado compuesto por múltiples casas de cambio y cambistas informales, ubicado en el centro de Lima, que constituye la plaza más importante de este tipo de transacciones en toda la ciudad); o el precio más bajo del día de pago, que se registre en el Banco de Crédito del Perú; y, de este modo, numerosas posibilidades de pactos acerca del tipo de cambio de venta.

No debe pasar inadvertido que en pleno 2024 nos encontramos ante el uso de billeteras digitales, en que las operaciones cambiarias pueden realizarse en cuestión de minutos por internet. Incluso, dependiendo de la billetera digital que utilicemos, nos encontraremos ante un tipo de cambio distinto. Por ello, no sólo resulta conveniente, sino necesario, que las partes precisen cuál será la referencia del tipo de cambio que adoptarán para el pago de la obligación.[1200]

1199 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 123.

1200 Texto correspondiente a la tercera edición.

El sentido de la norma, al prever que el pago se efectuará al tipo de cambio de venta, consiste en que sólo de esta forma el acreedor que reciba dicha cantidad dineraria podría adquirir un número igual de unidades de moneda extranjera a la pactada en el contrato.

Este criterio ha sido reiterado en la jurisprudencia, como observamos en el expediente n.° 01580-2011-51-1817-JR-CO-02, «6. Ahora bien, dando respuesta al agravio indicado en el punto a) precedente, debemos señalar que el mismo, debe desestimarse, pues dentro de las disposiciones generales de pago, específicamente, en el tercer párrafo del artículo 1237° del Código Civil, se establece que de no existir pacto en contrario, referido a la moneda de pago (como en el caso de autos), el acreedor puede exigir, que el pago en moneda nacional, se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación o, al que rija al día de pago (en el caso de autos, al día de interposición de la demanda)».[1201]

Evidentemente, el texto original del artículo 1237 del Código Civil, en el sentido de la facultad para el deudor de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, era un precepto de carácter imperativo y contra él no cabía pactar.

Sin embargo, resultaba frecuente observar en diversos contratos —sobre todo, de arrendamiento— estipulados en moneda extranjera (dólares estadounidenses), la presencia de una cláusula que, reconociendo la existencia de la facultad establecida por el segundo párrafo del artículo 1237, imponía al deudor que optase por pagar en moneda nacional, la obligación de adquirir con ese dinero la cantidad de unidades de moneda extranjera pactada, a fin de entregarla al acreedor.

Lo que se buscaba con cláusulas de este tipo era obligar al deudor a efectuar el pago ineludiblemente en la moneda extranjera estipulada. No obstante, no existe duda alguna acerca de que una disposición contractual redactada en esos términos no hubiese podido prevalecer judicialmente.

Sin embargo, y para concluir nuestros comentarios sobre el precepto en su texto original, debemos señalar que, a pesar de la existencia de la disposición facultativa del segundo párrafo del artículo 1237, la gran mayoría de obligaciones contraídas en moneda extranjera se pagaban en la moneda originalmente pactada. Esto era tomado por el acreedor, sin duda, como un actuar idóneo y de buena fe por parte del deudor.

Pero el texto del artículo bajo comentario fue modificado por el Decreto Ley n.° 25878, de fecha 24 de noviembre de 1992, y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 26 del mismo mes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1201 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Exp.-1580-2011-51-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

En virtud de este dispositivo se sustituye la redacción original del artículo 1237 del Código Civil, por la siguiente:

> Artículo 1237.- Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.
>
> Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.
>
> En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

Analicemos detenidamente las variaciones introducidas:

(a) En primer lugar, se mantiene intacto el primer párrafo del precepto, en el sentido de que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera, siempre que la ley no prohíba tal pacto.

(b) De otro lado, el segundo párrafo del texto modificado del artículo 1237, si bien no elimina, como principio general, la obligación facultativa para el deudor de obligación contraída en moneda extranjera, de pagar la deuda o en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar de vencimiento de la obligación, deroga el carácter imperativo de tal principio. El texto original, incluso, y como acabamos de señalar, no admitía pacto en contrario. Ahora sí se admite dicho pacto.

Actualmente es posible que las partes dispongan un régimen distinto (vale decir, uno no facultativo). Así, los contratantes podrían pactar que la obligación contraída en moneda extranjera podrá ser exigible en dicha moneda, vale decir, que si se estipulase el pago de una obligación en dólares estadounidenses, el acreedor podría exigirlo en tal moneda. En este caso —de haberse pactado ese presupuesto— el deudor deberá pagar en dólares y sólo en dólares.

Sin duda, es éste el cambio fundamental del texto modificado del artículo 1237.

(c) El tercer párrafo del texto modificado prácticamente recoge los mismos principios que el último párrafo del precepto original.

Con esta variante nuestro país introdujo la posibilidad de que por acuerdo entre las partes contratantes, una obligación pueda hacerse exigible en una moneda extranjera cualquiera. Pero debemos subrayar que esta no es la norma general, sino un caso de excepción. El principio facultativo de pago está vigente, salvo que las partes estipulen en contrario.

ESTUDIO OSTERLING CASTILLO FREYRE

En nuestro país únicamente el sol es la moneda de curso legal. El dólar, al igual que cualquier otra moneda extranjera, carece de estas características.

Sin embargo, cabría formularnos la pregunta de si en virtud de la modificatoria del artículo 1237, las monedas extranjeras podrían haber adquirido curso forzoso en el Perú.

Si bien el principio general es el facultativo, se permite a las partes pactar en contrario, vale decir, se admite que el deudor se obligue a pagar sólo en la moneda extranjera que constituye la prestación.

En estos casos, y por la autorización expresa que concede el texto modificado y vigente del artículo 1237 del Código Civil peruano, las partes estarían otorgando curso forzoso en el territorio de la República a la moneda extranjera estipulada (que por lo general será el dólar de los Estados Unidos de América), pero únicamente para la relación obligacional surgida entre ellas.

Justamente, el texto original del artículo 1237 tenía la función de hacer prevalecer el curso forzoso exclusivamente para la moneda nacional. La modificación al precepto, como se ha señalado, introdujo, en el supuesto allí previsto, el curso forzoso de monedas extranjeras (cualesquiera que éstas sean).

Cabe concluir con algunas aclaraciones.

Aunque lo reiteremos, pues ya nos hemos referido al tema, un lector advertido observará que el artículo 1237, tanto en su texto original como en el precepto que lo modificó, se refiere a las «obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales». El propósito de consignar la exigencia de «leyes especiales», para impedir concertar obligaciones en moneda extranjera, fue el de liberalizar la economía del Perú, sobre todo a principios de la década del ochenta, cuando aún se sentían los efectos restrictivos que habían presidido la conducción económica, singularmente durante el periodo 1968-1975. Para ello se exige que sólo por ley de la República, aprobada por el pleno del Congreso, puedan adoptarse tales restricciones. No es posible, en consecuencia, que normas de rango inferior, que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo, llámense decretos supremos, resoluciones supremas o resoluciones ministeriales, prohíban que se estipule en monedas distintas a la nacional. Y si ello se quiere, pues que el Congreso lo apruebe.

Es necesario precisar que en esta materia el Código Civil marcó la delantera a la Constitución Política de 1993, la que recién en esa fecha elevó a rango constitucional la posesión, tenencia y transacciones en monedas extranjeras. Se podría afirmar que al igual que el artículo 1237 del Código de 1984 representó una reacción a los abusos cometidos por los gobiernos de la década de los años setenta, el artículo 64 de la Constitución de 1993 («El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera») constituyó reacción a los abusos que en torno a la tenencia y contratación en moneda extranjera representó el gobierno que condujo al país entre julio de 1985 y julio de 1990.

ESTUDIO M. RIO CASTILLO FREYRE

Debe aclararse que así como los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código Civil están estrechamente vinculados a los principios nominalista y valorista, el precepto que comentamos es ajeno a dichas materias si de moneda nacional se trata. En todo caso, el artículo 1237 es un precepto nominalista con relación al número de unidades de moneda extranjera que se deba entregar. Aquí es la moneda extranjera la que está *in obligatione* y, por lo tanto, la que debe ser restituida. Esta restitución, como regla general, se efectúa, a exclusivo criterio del deudor, en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación, salvo, en este último caso, que el deudor retrase el pago, en cuya eventualidad el acreedor podría elegir entre el tipo de cambio del día y lugar de tal vencimiento o el que rige el día del pago. La excepción, prevista por la variante del texto original del artículo 1237, es el pacto para que la restitución se verifique en la misma moneda extranjera estipulada. Ya hemos comentado el tema en los conceptos de introducción relativos al nominalismo y al valorismo. Sólo deseamos reiterar que, en este caso, la moneda extranjera para el pago también estaría privativamente *in obligatione*.

Es claro, de lo expuesto, que en esta materia carece de juego dialéctico el debate nominalista y valorista. La obligación se paga, en definitiva, en la misma moneda o en su equivalente en moneda nacional, lo que permite al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el originalmente pactado.

Finalmente, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre este particular al señalar que: «La opción de conversión a moneda nacional de una obligación asumida en moneda extranjera, si bien opera, en principio, a favor del deudor, no puede, excluida y excluyentemente, corresponder sólo a éste, sino también al acreedor, más todavía si consideramos que el pago tiene como contrapartida la existencia de un crédito cierto cuyo titular debe poder optar dentro del territorio nacional (asumiendo el riesgo de la variación del valor adquisitivo), por exigir su satisfacción en la moneda oficial circulante aquí o en la originaria de la obligación debida»[1202]. Asimismo, se ha señalado que: «El artículo 1237 del Código Civil permite pactos de obligaciones en moneda extranjera no prohibidos por leyes especiales, y que el pago de una deuda en moneda extranjera pueda hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación»[1203].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1202 Expediente n.° 176-2005-Lima.

1203 Expediente n.° 398-96-Lima. En *Anales judiciales*, tomo LXXVIII, p. 17.

Lugar de pago

Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1238

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 840: «El pago debe verificarse en el lugar designado por el convenio; si no se ha señalado lugar, y se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe darse en el lugar en que al tiempo del contrato existía; fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 2229: «Todo pago se hará en el lugar designado en el contrato; si no se designó, se hará en el del domicilio del deudor.— Si éste quiere hacer el pago en otro lugar y conviene el acreedor, se procederá según el convenio».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en su artículo 2910: «Todo pago debe hacerse en el lugar designado en el contrato, y si no está designado, en el domicilio del deudor»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 216: «El pago deberá efectuarse en el lugar del domicilio del deudor, salvo que las partes estipulasen otra cosa, o que lo contrario resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación, o de la ley.— Designados varios lugares puede el acreedor elegir cualquiera de ellos»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 206: «El pago deberá efectuarse en el lugar del domicilio del deudor, salvo que las partes estipulasen otra cosa, o que lo contrario resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación, o de la ley.— Designados varios lugares puede el acreedor elegir cualquiera de ellos—; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1241: «El pago deberá efectuarse en el lugar del domicilio del deudor, salvo que las partes estipulen otra cosa, o que ello resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación, o de la ley.— Designados

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

varios lugares, puede el acreedor elegir cualquiera de ellos»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1250: «El pago deberá efectuarse en el lugar del domicilio del deudor, salvo que las partes estipulen otra cosa, o que ello resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación, o de la ley.— Designados varios lugares, puede el acreedor elegir cualquiera de ellos».

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 su artículo 99: «El pago deberá efectuarse en el lugar del domicilio del deudor, salvo que las partes estipulen otra cosa, o que ello resultare de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación, o de la ley.— Designados varios lugares, puede el acreedor elegir cualquiera de ellos»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 104: «El pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resultara de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.— El acreedor, designados varios lugares, puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplicará, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1258: «El pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resultara de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.— El acreedor, designados varios lugares, puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplicará, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1205: «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.— Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».

2.' Análisis

El artículo 1238 del Código Civil peruano de 1984 trata acerca del lugar en donde el deudor debe efectuar el pago.

La ley peruana establece que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no compete al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago. Lo hace siguiendo una copiosa tradición sobre el particular, dentro de la que se enmarcan los pareceres de Manuel Augusto Olaechea, José León Barandiarán, Marcadé, Cazeaux y Trigo Represas, Jacques Dupichot, Jorge Joaquín Llambías y Eduardo B. Busso, entre muchos otros autores[1204].

1204 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, p. 184; León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo ii, pp. 305 y 306; Marcadé, Victor. *Op. cit.* tomo iv,

Cabe aquí advertir que el artículo 1238 del Código Civil peruano de 1984 no admite la discusión doctrinaria que se suscitó con el Código Civil francés y el Código Civil italiano de 1865, en el sentido de si debía tenerse en cuenta, primero, la hipótesis de que el lugar esté determinado en el título; o, segundo, la hipótesis de que falta la determinación del lugar del pago. La duda llevó a Giorgi[1205] a preguntarse lo siguiente: «¿Será el primero la regla y el segundo la excepción, como quiere Larombière y aparece en el orden de las disposiciones contenidas en el Código? ¿Será, por el contrario, regla el segundo y excepción el primero, como piensa Demolombe, y se presta mejor a poner de manifiesto la diferencia entre las legislaciones modernas y las antiguas? Es cuestión que nunca saldrá de los escaños de la Academia; y nosotros, dejándola a quien tenga deseos de profundizarla, y cuidadosos de no alejarnos mucho del orden del Código, empezamos con él por el caso en que el título determina el lugar del pago».

Pero Giorgi aduce que mientras la investigación sirve para determinar dónde puede liberarse el deudor, puede servir también en interés del acreedor, para establecer dónde tenga derecho a exigir, porque siendo dos derechos correlativos, deben ser considerados en la misma medida. Entiéndase bien, cuando se trate de la misma obligación; porque si las obligaciones fueren distintas, aunque nacidas del mismo contrato, cada una tendrá su lugar de pago. Por ejemplo, en la compraventa, puede ser uno el lugar de la tradición y otro el del pago del precio.

Giorgi considera necesario distinguir bien el derecho de pretender el pago del derecho de citar al deudor, o bien el lugar del pago de la competencia del tribunal que debe pronunciar la condena. Agrega que, en verdad, son dos cosas: porque la circunstancia de que el pago deba hacerse en un lugar determinado no autoriza la citación del deudor ante el Tribunal de aquel lugar si no concurren las otras condiciones exigidas por la ley para establecer la competencia, es decir, el domicilio, y, en defecto, la residencia del demandado o la naturaleza comercial de la obligación; en tanto que en todos los otros casos, donde el lugar del pago no se confunda con el fuero del deudor, será citado allí para efectuar el pago en el lugar establecido o pague el *quid interest*. Recuerda Giorgi que en el procedimiento romano se daba a tal fin la *actio de eo quod certo loco dari oportet*, si el negocio era *stricti iuris*. Desaparecida desde hace mucho tiempo la diferencia entre las acciones *stricti iuris* y las *bonae fidei*, la petición de pago puede hoy ser propuesta directamente como base de la obligación de que nace ante el fuero del demandado, aun cuando el pago deba hacerse en otra parte. Se cita aquí para que pague allá o preste el *quid interest*. Y así se corrige una equivocación en que caen muchos, según el maestro italiano, cuando enseñan que no está en uso la *actio de*

p. 557; Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.* tomo II, pp. 177 y ss.; Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 112; Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 224; y Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 499 y ss.

1205 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 82 y ss.

eo quod certo loco, haciendo suponer que el demandado no puede ser citado fuera del lugar fijado para el pago. Pero, a decir de Giorgi, la *actio de eo quod certo loco* no está ya en uso porque no es necesaria; pero sus efectos se obtienen hoy con los derechos conferidos por toda obligación al acreedor para citar al deudor moroso al fuero de su domicilio para que pague lo que debe en el lugar establecido, o preste la indemnización de perjuicios en el lugar mismo donde fue demandado.

Según el citado tratadista, tampoco se debe confundir la elección del lugar del pago con la elección del domicilio a efectos del procedimiento, pues son dos cosas diferentes. La elección del lugar del pago determina solamente el lugar donde será cumplida la obligación, mas no determina la competencia para juzgar. Por el contrario, la elección del domicilio regula la competencia; pero no es la norma con que se pueda determinar el lugar del pago. Para que esto ocurra, la elección del domicilio debería ser hecha expresamente para todos los efectos.

El tema del lugar donde debe efectuarse el pago, cuando la ley alude al domicilio del deudor, suscita serios reparos.

El artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239. Es decir, es el cumplimiento de la obligación lo que le otorga certidumbre. De allí la singular importancia del lugar donde debe efectuarse el pago.

Creemos que, para ello, la lectura de los artículos 1238 y 1239 del Código Civil permite adoptar, como criterio, factores de certeza y flexibilidad.

El pago debe realizarse, en primer lugar, en el domicilio del deudor. Pero, nos preguntamos, ¿se trata del domicilio del deudor al tiempo de contraerse la obligación o al tiempo del pago? Sería arbitrario para el acreedor, por decir lo menos, que el deudor, por su sola voluntad unilateral, procediera a variar de domicilio y exigiera, al tiempo del pago, que el acreedor haga efectiva su acreencia en su nuevo domicilio, salvo, por cierto, que tal modificación domiciliaria hubiera sido aceptada por el acreedor.

Para llegar a esta conclusión, es suficiente analizar el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Es cierto que el artículo 1239 utiliza la expresión «habiendo sido designado éste como lugar para el pago», esto es, que existe pacto en tal sentido. Pero también es verdad que cuando el artículo 1238, en su primera parte, señala que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, es perfectamente lícito aplicar, por analogía, para el caso en que tal deudor cambie de domicilio, que el acreedor pueda exigirlo en el primero o en el nuevo, conforme a lo consignado por el artículo 1239.

No nos parece coherente, por ello, la doctrina francesa de atribuir al deudor el derecho de modificar de domicilio a su arbitrio y pretender que el pago se verifique en el nuevo domicilio, sobre la base de facilitar la liberación y favorecer al deudor. Nada impide, por cierto, que el acreedor cobre en el nuevo domicilio.

Pero esto dependerá de su voluntad exclusiva, de su aceptación expresa o tácita al cambio domiciliario para los efectos de pago. En suma, el acreedor podrá exigir el pago en el domicilio que el deudor tuvo al contraer la obligación o, a su absoluta decisión, en el nuevo domicilio.

Pero la ley prevé excepciones a este principio general.

En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece, obviamente, la libertad contractual.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado el lugar donde debe cumplirse la obligación. Tal designación puede efectuarse al contraerse la obligación, o luego, y su forma puede ser expresa o tácita, según lo consagra el artículo 141 del Código Civil, al referirse a la manifestación de la voluntad, debiendo señalarse que es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier medio directo, y tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Luego, cuando la ley prescribe el lugar del pago, esta norma no debe interpretarse como imperativa. Se trata, simplemente, de un precepto supletorio. No existiría razón alguna para que el legislador señale obligatoriamente el lugar del pago, ni que se impida a las partes designar cualquier otro. Esta norma sólo entra en juego en ausencia de manifestación expresa o tácita de las partes en contrario.

A renglón seguido se prevé como lugar del pago el que corresponda de acuerdo a la naturaleza de la obligación. Si se trata, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de desplazarse, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. Ni siquiera es imaginable en esta hipótesis el pacto en contrario, pues determinaría la imposibilidad de realizar el pago. Caso distinto ocurriría si se trata de la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en las que rigen alternativamente las reglas previstas por el artículo 1238.

La ley se refiere, a continuación, a «las circunstancias del caso». Esta expresión usualmente se confunde con «la naturaleza de la obligación». Son las circunstancias, en opinión nuestra, las vinculadas íntimamente con la naturaleza de una obligación. Puede criticarse la expresión «circunstancias del caso» como redundante, pero, de cualquier forma, ella dependerá, al igual que cuando la ley alude a la naturaleza de la obligación, del modo en que ésta fue constituida y de la forma en que debe cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos. Esta hipótesis no requiere, a nuestro juicio, de mayor aclaración.

Aunque el Código ha sido parco en sus expresiones para el caso en que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor, pues sólo prevé en la parte final del

EDICIONES CASTILLO FREYRE

último parágrafo del artículo 1238 que, en esta hipótesis, si el acreedor ha designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos, consideramos que los mismos principios recién analizados rigen para este caso.

Dicho en otras palabras, si se estipula que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación o el nuevo, a exclusivo criterio del deudor. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su soberana voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo o en el nuevo domicilio.

El Código, en sus reglas sobre el lugar del pago consignadas en el artículo 1238, es claro. El único problema de interpretación que podría suscitarse, como lo hemos señalado, es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor». Pero, insistimos en los conceptos, razones elementales de lógica jurídica determinan decidir que la ley peruana alude al domicilio del deudor al contraerse la obligación, salvo que modificado dicho domicilio antes del pago, el acreedor lo acepte y, por lo tanto, exija tal pago en el nuevo domicilio. Pero el deudor no puede unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, efectuar el pago en el nuevo domicilio. Inclusive, la propia expresión «circunstancias del caso», que utiliza el artículo, abona en forma determinante en apoyo de esta tesis.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obligue a entregar a su acreedor una flota de camiones, teniendo su domicilio, al contraer la obligación, en la ciudad de Lima. Antes del cumplimiento de la obligación el deudor traslada su domicilio a la ciudad de Iquitos, en plena Selva Amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el deudor pretende efectuar el pago a su acreedor, domiciliado en Lima y quien va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad, en Iquitos. Ello encarecería y retrasaría enormemente la prestación de la que es titular el acreedor, no sólo por el alto costo del flete de los camiones de Iquitos a Lima, sino por la oportunidad en que éstos pueden ser comercializados. La situación sería mucho más grave, desde luego, si el cambio de domicilio del deudor es a un país extranjero. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de derechos de aduana e importación, adicionales a los mayores gastos de transporte y al tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Conviene señalar, asimismo, que si el deudor pudiera variar arbitrariamente de domicilio para efectuar el pago, y rehúsa realizarlo, ello tendría graves implicancias para el acreedor, con el propósito de que pudiera exigirlo en el nuevo domicilio. Para comprobar lo expresado, basta revisar el artículo 2095 del Código Civil que, a falta de ley expresamente elegida por las partes, dispone que las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Si el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, ¿podría éste variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Naturalmente, la norma del artículo 1238 está referida al caso de las personas naturales y de las personas jurídicas, ya que éstas tendrán su domicilio en el lugar de su sede o, en todo caso, en el lugar de su sede principal.

El artículo 1238 no recoge la integridad de supuestos que —acerca del domicilio— contempla el Código Civil. Esto resulta correcto, puesto que dicho precepto no podía ingresar a analizar todos los supuestos del domicilio que están consignados en otras normas del propio Código y que reseñamos seguidamente.

En virtud del artículo 35, a la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos. Entonces, si el deudor estuviese en este caso, y no se hubiera señalado algo especial sobre el particular, el acreedor le podrá cobrar en cualquiera de esos lugares.

El artículo 36 establece que el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron. Por tanto, si el deudor es una persona casada, su acreedor podrá cobrarle en el lugar de su domicilio conyugal.

De acuerdo con el artículo 37, los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales, razón por la cual si el deudor fuese una persona incapaz, el acreedor deberá cobrar la deuda en el domicilio de su representante legal, ya sea éste su padre o madre (o ambos), su tutor o su curador.

El primer párrafo del artículo 38 señala que los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, cuando ello corresponda, de lo dispuesto en el artículo 33, que prescribe que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. Si éste fuese el caso, y no se hubiere dicho nada sobre el particular, el acreedor deberá cobrar al deudor en el lugar del ejercicio de sus funciones.

El segundo párrafo del artículo 38 establece que el domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado (como es el caso de los funcionarios del Servicio Diplomático en funciones estables fuera del país) o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional. En tal sentido, el acreedor podrá cobrar dentro del territorio nacional, lo que reviste un criterio adecuado, pues de lo contrario tendría que hacer grandes esfuerzos para que le efectúen el pago en el extranjero.

Por último, el artículo 41 dispone que a la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.

Hasta aquí los supuestos en que no se hubiese señalado el lugar del pago. La regla general es que éste se efectuará en el domicilio del deudor, con las apreciaciones antes expuestas.

EDITORIAL MOTIVENS CASTILLO CHEYE

Pero cabe la posibilidad de que sí se haya señalado un lugar para el pago, el cual pueda o no coincidir con el domicilio del deudor. En este caso, regirá lo establecido por las partes de mutuo acuerdo.

También es posible que existiendo acuerdo sobre el lugar en que deba efectuarse el pago, no se haya señalado solamente un lugar sino varios lugares para tal efecto. El artículo 1238, segundo párrafo, establece que, designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos, siendo esta regla también de aplicación cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Por último, insistimos en precisar que para cualquier supuesto en el cual se haya pactado que el pago deba realizarse en el domicilio del acreedor, es pertinente que rijan las normas generales sobre domicilio que antes hemos analizado.

La jurisprudencia nacional[1206] ha señalado que: «La regla del pago en general, determina que el lugar es el domicilio del deudor, de modo que cuando se recurre al pago por consignación, debe hacerse no ya en el domicilio indicado sino en el del acreedor, conforme se desprende de lo establecido en los artículos 1238 y 1251 del Código Civil».

Finalmente, en el expediente 5535-2011, con fecha 12 de junio de 2019, la jurisprudencia ha determinado también que, en el caso de los recibos telefónicos, se acredita una gestión de cobro fehaciente al ser remitidos al domicilio fijado por los usuarios del servicio, «El sistema de recibos telefónicos, cabe remitirse a lo señalado en el considerando décimo primero, donde se ha concluido que estos documentos sí contienen requerimientos de pago debido a que, en primer lugar, son remitidos al domicilio fijado por los usuarios del servicio telefónico de acuerdo al artículo 1238 del Código Civil en concordancia con el artículo 1374 de la misma norma que consagra la teoría objetiva del conocimiento en el domicilio del deudor o el domicilio fijado por las partes, en segundo lugar, por cuanto se le imputa al deudor retraso por un cierto monto y se le otorga una nueva fecha para el pago, no a modo de extensión del plazo sino de requerimiento para su cumplimiento, conforme al primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil, y en tercer lugar, porque en las Condiciones de Uso del Servicio se establece que los abonados o clientes se encuentran obligados a pagar los recibos emitidos por su operadora en las fechas de vencimiento, lo cual no se habría cumplido».[1207]

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

1206 Expediente n.º 2110-87. En *Diálogo con la Jurisprudencia, n.º* 33, junio 2001, p. 274.

1207 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 381. Consultado en: https://lpderecho.pe/recibos-telefonicos-acreditan-gestion-cobro-fehaciente-ser-remitidos-domicilio-fijado-usuarios-servicio-exp-5335-2011-0/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

Cambio de domicilio de las partes

Artículo 1239.- Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1239

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.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en su artículo 2911: «Si han mudado de domicilio el acreedor o el deudor en el tiempo intermedio entre la celebración del contrato y el pago, éste se debe verificar en el lugar que corresponda, según el artículo que precede, como si no hubiese habido mudanza, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 217: «Si el deudor mudare de domicilio, en los casos en que el lugar de éste fuese el designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo, o en el lugar del primer domicilio o en el nuevo del deudor»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 207: «Si el deudor mudare de domicilio, en los casos en que el lugar de éste fuese designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo del deudor»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1242: «Si el deudor mudase de domicilio, cuando el lugar de éste fue designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio, o en el nuevo del deudor»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1251: «Si el deudor mudase de domicilio, cuando el lugar de éste haya sido designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio, o en el nuevo del 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 100: «Si el deudor mudase de domicilio, cuando el lugar de éste haya sido designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio del deudor o en el nuevo»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 105: «Si el deudor mudase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago,

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.— Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1259: «Si el deudor mudase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.— Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1206: «Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.— Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor».

2. Análisis

El artículo 1239 del Código Civil peruano de 1984 trata acerca del supuesto de cambio de domicilio.

Como vemos, el precepto señala que si el deudor cambiase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. El sentido de esta norma (que tiene su antecedente mediato en el artículo 748 del Código Civil argentino) es explicado por Alfredo Colmo[1208], en los siguientes términos:

> No se puede poner en tela de juicio la sensatez de este artículo: el deudor no puede determinar por su solo hecho de mudar de domicilio, un cambio de jurisdicción. Pero ¿será ello así tan sólo cuando el primitivo lugar del pago fuera el del domicilio antiguo del deudor? Considero que no [...]: Si la obligación era exigible en un lugar designado por las circunstancias, y no media un cuerpo cierto, el acreedor sin perder su primitivo derecho de pedir su cumplimiento en ese lugar, puede exigirla en el domicilio actual.

Pero para el análisis de la norma deben tenerse presentes dos reglas del propio Código en lo referente al domicilio. Se trata de los artículos 39 y 40.

En virtud del artículo 39, el cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

Sin embargo, la regulación que más interesa es la prevista por el artículo 40, cuando establece que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable. Pensamos que a pesar de no indicarse expresamente que esta regla regirá también para el caso de los deudores, es de aplicación a estos supuestos, dadas las

1208 Citado por León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 308.

posibilidades de señalamiento del lugar de pago contempladas en el Título del Pago del propio Código Civil[1209].

Esto quiere decir que de producirse un cambio de domicilio, éste no tendrá efecto alguno si quien realiza dicho cambio no comunica a la otra parte de manera fehaciente tal situación.

Entendemos por comunicación de ese carácter aquélla que pueda demostrarse del mismo modo, como una carta simple con cargo de recepción por la otra parte, o, en todo caso, por la remisión de una carta notarial. A pesar de considerar ambas posibilidades como válidas, creemos que es la segunda aquella que reviste las mayores seguridades del caso, aunque no descartamos, desde luego, que la comunicación fehaciente pueda efectuarse en forma oral.

Si no existiese dicha comunicación, el cambio de domicilio no tendrá efecto alguno.

Debemos puntualizar que las normas sobre cambio de domicilio regirán en dos supuestos:

(a) Si las partes no hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago (en donde regirán las normas dispositivas del Código Civil que hemos comentado anteriormente).

(b) Si las partes hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago, el que, con la notificación del cambio de domicilio, se estaría variando de manera unilateral.

Como enseña Busso[1210], la fuente mediata de este precepto se encuentra en el Código Civil francés. El Código Napoleón, al establecer el pago en el domicilio del deudor, no aclaraba si era el del tiempo de la celebración o el del tiempo del vencimiento. Ello determinó que se formaran dos corrientes de opinión: dijeron unos que la fijación del domicilio como lugar de pago respondía a una convención tácita de las partes, las que sólo pudieron tener presente el domicilio del deudor al tiempo en que contrataba. Respondieron otros: es la ley la que fija el domicilio del deudor, por razones de comodidad, que sólo se cumplen con relación al que tenga al tiempo del vencimiento.

Recuerda Busso que Demolombe enseñaba que, en principio, la norma del pago en el domicilio del deudor es legal y se refiere al domicilio del tiempo del vencimiento. Pero cuando, por disposición contractual, esa regla es ratificada e

1209 Sobre el contenido de los artículos 39 y 40 del Código Civil, recomendamos al lector la consulta de la obra del profesor Juan Espinoza Espinoza (Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. 5.ª edición. Lima: Rodhas, 2006); y la de uno de los autores de este *Tratado*, Mario Castillo Freyre (Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas*. *Op. cit.*, pp. 97-100). [La última referencia corresponde a la tercera edición]

1210 Busso, Eduardo B. *Op. cit.* tomo IV, pp. 518 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incorporada a la convención, tiene ella un alcance distinto y debe ser referida a aquel lugar en que el deudor tenía su domicilio al contratar. No podría el deudor, mudando de domicilio, modificar el lugar pactado. A decir de Busso, la opción que este artículo confiere al acreedor será entre el domicilio del tiempo de la celebración y el del tiempo del cumplimiento, pues la ley presume que si se designó el domicilio del deudor, fue valor entendido que la designación se refería al que tuviera al tiempo de contraer la obligación. Bajo ese supuesto resultará que la expectativa del acreedor, dirigida a obtener el pago en ese lugar, no podría verse defraudada por el hecho de que el deudor hubiera cambiado de domicilio, pues las cláusulas convencionales no pueden dejarse sin efecto unilateralmente.

Salvat asigna al artículo un alcance más amplio, ya que lo aplica:

(a) En los casos de fijación contractual de lugar de pago, cuando el deudor muda de domicilio entre el nacimiento y el vencimiento de la deuda (primera hipótesis que coincide con la que analiza Busso).

(b) Cuando no ha habido fijación contractual del lugar de pago y el deudor moroso ha cambiado de domicilio en el tiempo comprendido entre el vencimiento de la deuda y el momento de su cumplimiento efectivo.

Busso señala, finalmente, que la norma del artículo es de aplicación subsidiaria, pues dejará de regir cuando de la voluntad expresa o tácita de las partes resulte que ellas no se referían al lugar en que el deudor domiciliaba en el momento del contrato, sino genéricamente a cualquier domicilio que él pudiera llegar a tener.

A decir de Alfredo Colmo[1211], no se puede poner en tela de juicio la sensatez de este artículo, pues el deudor no puede determinar, por su solo hecho de mudar de domicilio, un cambio de jurisdicción.

Pero se pregunta si será ello así tan sólo cuando el primitivo lugar del pago fuera el del domicilio «antiguo» del deudor. Colmo considera que no, pues si la obligación era exigible en un lugar designado por las circunstancias, y no media un cuerpo cierto, el acreedor, sin perder su primitivo derecho de pedir su cumplimiento en ese lugar, puede exigirla en el del domicilio «actual»; agrega que no es forzoso que se trate del domicilio «designado» por las partes, pues la designación puede dimanar de las circunstancias o de la misma ley.

Sin embargo, cabe resaltar que la opción prevista por el artículo 1239 es en el sentido de que a pesar de haberse producido un cambio de domicilio, el acreedor podría exigir el pago en el primero de los designados. Esta norma sería susceptible de cuestionarse si nos preguntásemos cómo podría el acreedor cobrar en el primer domicilio si allí ya no se encuentra el deudor.

1211 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 416 y ss.

No obstante, el principio bajo análisis es positivo, ya que el cambio de domicilio puede determinar que el acreedor —para cobrar la deuda— deba realizar esfuerzos mucho más onerosos que en el caso de hacerlo en el anterior domicilio. De ser éste el supuesto, naturalmente escogerá el primero. En tal caso, sería injusto que por voluntad unilateral se variaran las reglas con las cuales se contrató, pues al fin y al cabo éste es uno de los extremos del contrato, ya que incluso, de no haber estipulado nada sobre el domicilio, las normas del Código, al tener el carácter de dispositivas, se consideran incorporadas automáticamente al contrato celebrado entre las partes.

En suma, el artículo 1239 corrobora lo expresado al analizar el artículo 1238.

La norma tiene como base que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor. En consecuencia, ella descarta, para este caso, la estipulación en contrario, el mandato de la ley para que se realice en cierto lugar, la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso (hipótesis que sí contempla el artículo 1238).

Ahora bien, designado el domicilio del deudor como lugar del pago —y se entiende que se trata del domicilio al tiempo de contraerse la obligación—, si dicho deudor lo cambia, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. En este último caso, el acreedor estaría prestando su asentimiento al cambio domiciliario, no obstante haberse efectuado inconsultamente por el deudor.

Existe, pues, perfecta armonía entre los artículos 1238 y 1239 para el pago en el domicilio del deudor —con las excepciones previstas por el artículo 1238—, como existe la misma lógica en imponer igual regla al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este último caso, designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Lo que a nuestro juicio no pueden ni deudor ni acreedor, en sus respectivos casos, es modificar arbitrariamente su domicilio y exigir que el pago se haga en el nuevo. Ello quebrantaría la estructura obligacional, con evidentes perjuicios para aquél a quien le modificaron el lugar del pago. Aquí insistimos en una reflexión adicional. La ley peruana, en el artículo 1239, sólo se refiere al cambio de domicilio por el deudor cuando éste ha sido designado como lugar para el pago. Esto significa que hay una convención sobre dicho lugar, entre el acreedor y el deudor, es decir, que tal domicilio es el designado voluntariamente por las propias partes, lo que permite al acreedor exigir el pago en el primer domicilio o en el nuevo. Pero este principio, lo reiteramos, es el mismo que rige en la hipótesis supletoria prevista por la primera parte del artículo 1238: «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». En este caso, como expresamos en su oportunidad, la palabra «domicilio» se refiere al lugar que tenía el deudor al contraer la obligación, y esta norma, fruto no de la convención pero sí de la ley, significa que si el deudor lo modifica arbitrariamente, el acreedor puede exigir el pago en el domicilio original o en el nuevo.

ESTUDIO PIO CASTILLO FREYRE

La jurisprudencia nacional[1212] ha establecido con acierto que: «El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable. En el caso de remitirse a lo normado en el artículo 40 del Código Civil, el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en conocimiento mediante comunicación indubitable».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1212 Expediente n.° 2630-99. Corte Superior de Lima.

Plazo para el pago

Artículo 1240.- Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1240

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.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en sus artículos 219: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente»; y 218: «El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en los artículos 209: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente»; y 208: «El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1243: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1252: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, abordaba el particular en su artículo 101: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 106: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1260: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1207: «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

LIBRO DE ARIO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

De acuerdo con la teoría elaborada por Fernando J. López de Zavalía[1213], los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida, según como se responda a la pregunta ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también para el caso de la ejecución de las obligaciones en general, ya que si bien dicha teoría está elaborada para los contratos, definitivamente éstos (de acuerdo a la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración, y lo único vigente es la relación jurídica patrimonial (las obligaciones surgidas de ellos).

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente después de nacer dicha obligación; mientras que una obligación de ejecución diferida será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de ésta.

Una obligación podría no tener ejecución inmediata en dos supuestos:

(a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.

(b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición)[1214] son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo al razonamiento antes esbozado, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple, de donde se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del Código.

Cabe señalar que el sistema adoptado por el Código Civil peruano de 1984, a través del artículo 1240, no es el único existente en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. Como expresa León Barandiarán[1215], cuando se refiere al entonces vigente artículo 1252 del Código Civil de 1936:

> El artículo 1252 sigue el criterio que ha inspirado las legislaciones modernas. Importa la consignación de la regla *quod sine die debetur, praesente debetur*. Al respecto, hay tres sistemas. Los Códigos francés y argentino

1213 López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general.* Buenos Aires: Zavalía Editor, 1997, pp. 68 y 69.

1214 Sobre el alcance de estas figuras se puede consultar la obra de Fernando Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, pp. 363 y ss.).

1215 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 309.

> disponen que no existiendo plazo convenido la obligación debe cumplirse en el plazo que señale el juez. Otros códigos sudamericanos indican un plazo legal para el cumplimiento, a lo menos para las obligaciones de dinero. Los Códigos alemán, suizo, brasileño e italiano resuelven que el pago es exigible inmediatamente.
>
> Este último sistema, ya acogido también por el Código español, está por encima de sus rivales. El del plazo legal no tiene fundamento racional alguno; existiendo una deuda, su exigibilidad es concomitante con ella. El sistema del plazo judicial confiere al juez un poder arbitrario.

Como dice Llambías[1216], la oportunidad del cumplimiento de la obligación no puede quedar al arbitrio de cualquiera de las partes. El acreedor no puede pretender que se le pague en un momento impropio; tampoco el deudor puede retrasar el pago cuando él quiera o adelantarse a hacerlo cuando el acreedor no está preparado para recibirlo, de donde resulta esencial establecer cuál es el tiempo propio del pago.

Expresa Dupichot[1217], por su parte, que en principio toda deuda es pura y simple y, por lo tanto, exigible inmediatamente; sin embargo, la exigibilidad puede ser diferida por un término suspensivo o por un término de gracia judicial.

Aquí conviene mencionar que el Código Civil peruano regula el tema del plazo también en las normas referentes a las modalidades de los actos jurídicos (artículos 178 a 184)[1218].

Cabe recordar que resulta indispensable la adecuada concordancia de este principio con los artículos mencionados del Libro de Acto Jurídico, puesto que muchas veces resulta imposible, por la naturaleza de la obligación, pagar inmediatamente, tal como lo establece el artículo 182. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1656 prescribe que cuando no se ha fijado plazo para la devolución ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

Como ejemplo, en materia jurisprudencial podemos observar la Casación n.° 1567-2002-Lima, de fecha 20 de diciembre de 2002, que señala que también debe atenderse a la naturaleza de la obligación cuando no se haya fijado el plazo, «*Noveno*. El plazo, en efecto, es una de las modalidades del acto jurídico y debe establecerse de manera expresa o tácita en el mismo. De lo contrario (de no haberse establecido expresa o tácitamente plazo alguno) la ejecución de la obligación se deberá realizar de manera inmediata, en estricta aplicación del principio previsto en relación al pago por el artículo 1240 del Código Civil, que señala textualmente

1216 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 231 y 232.

1217 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 112.

1218 Ver: Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Op. cit.*, pp. 201-215. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

que "si no hubiese plazo designado (para el cumplimiento de la obligación) el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación". Sin embargo, existe la salvedad para exigir el cumplimiento de la obligación, que este cumplimiento dependa de la naturaleza y circunstancias de la obligación, como ocurre en el presente caso (obras de habilitación ejecutadas en cincuenticuatro (*sic*) lotes de terreno y recepcionadas (*sic*)), de las que se deduce que el acreedor ha querido concederle un plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación de hacer no obstante no haberse pactado el plazo de modo preciso. Cuando el artículo 1148 del Código Civil prevé que la obligación puede cumplirse "...en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso" debe entenderse, en relación al primer elemento, que se refiere a las condiciones en que generalmente deba ejecutarse la obligación pactada, sirviendo de elementos de juicio para llegar a esa determinación en el presente caso las resoluciones de alcaldía, entre ellas, la que aprobó los proyectos de habilitación urbana, en los que se confieren plazos para la ejecución de obras. En el presente caso, del texto de la demanda se infiere, dado el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, claramente que la actora pretende la entrega inmediata de los cincuenticuatro (*sic*) lotes de terreno con las obras habilitadas y recepcionadas (*sic*) y, sin embargo, las instancias de mérito, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación, han considerado equitativo conceder a la demandada un plazo prudencial cinco meses (*sic*) para el cumplimiento, por lo que mal puede calificarse de nula la sentencia impugnada en casación imputando haberse fallado *extra petita* [...]».[1219]

Un tema que tiene directa relación con el artículo bajo tratamiento es el referido al plazo de gracia. Sobre éste, Salvat[1220] señala que en el Derecho romano era permitido a los jueces acordar al deudor, teniendo en cuenta su situación personal, sea un plazo prudencial para el pago de una obligación ya vencida, sea diversos plazos escalonados para el pago de ella en cuotas sucesivas: era el plazo de gracia. El plazo de gracia existía también en el antiguo Derecho francés, del cual pasó al Código Napoleón, pero no a las legislaciones modernas, en las que el plazo de gracia sólo será eficaz en la medida en que sea acordado por acreedor y deudor.

Por otra parte, Salvat trata el tema de la facultad de pagar cuando el deudor pueda o tenga medios, señalando que podría ocurrir que al contraerse la obligación se haya dejado al deudor la facultad de pagar cuando le sea posible o tenga los medios de hacerlo, siendo ésta una estipulación bastante frecuente, mucho más de lo que podría creerse.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese, o tuviese medios de hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo; es decir, que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. Es así que Salvat considera que la obligación de pagar cuando

1219 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 925-926. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1220 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 297 y ss.

el deudor pueda o tenga los medios de hacerlo constituye una obligación a plazo incierto, no así una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del cumplimiento, con mayor exactitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil peruano en el primer párrafo de su artículo 182, precepto que establece lo 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.

Por otra parte, Busso[1221] aborda el tema de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo. Refiere el citado tratadista que ya en el Derecho romano se discutía el alcance de la cláusula «pago cuando el deudor quiera» (*cum volueris*). Paulo, reflejando la opinión dominante, decía: si el deudor antes de morir expresó su voluntad de cumplir la deuda, sus herederos quedan obligados a hacerlo. En caso contrario, quedarán liberados. En cambio, consideraba siempre inválida la estipulación «si el deudor quiere» (*si volueris*).

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de este pacto en el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren; debiéndose tramitar dicha pretensión como proceso sumarísimo.

En conclusión, la regla del artículo 1240 del Código Civil peruano no es absoluta. No siempre, cuando no hay plazo designado para el pago, el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación.

La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primero, la prevista por el primer parágrafo del artículo 182 del Código Civil, cuando prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Pretender lo contrario, esto es, el pago inmediato, constituiría un imposible. Caso distinto ocurriría si se tratara de un bien —por ejemplo, un cuadro— que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí la aplicación del artículo 1240 sería absoluta.

1221 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo v, pp. 550 y ss.

Luego, la señalada por el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalaren.

Y finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece, lo reiteramos, que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil nacional es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato, en caso de faltar un plazo estipulado. Esta norma romana, que recogen las legislaciones alemana, suiza y brasileña de 1916, es la adoptada por el Código Civil peruano de 1984 y por su antecedente inmediato, el Código Civil de 1936.

Sin embargo, no es éste el único sistema. El Código argentino de 1871, al igual que las legislaciones francesa y española, prescribe que, a falta de plazo estipulado, éste debe ser designado por el juez. Y, a su turno, otros códigos, singularmente latinoamericanos, señalan un término fijo, a falta de plazo pactado, para el cumplimiento de la obligación.

En nuestra opinión, la norma del Código Civil peruano es la adecuada. El pago debe efectuarse inmediatamente después de contraída la obligación. La intervención judicial, que puede ser arbitraria, sólo entra en juego en los casos antes previstos, o sea, si las partes no han señalado un plazo y es evidente que el deudor requiere de él para cumplir la obligación o si su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo fijan.

La solución argentina, como se ha comentado por los intérpretes de dicho Código, es poco práctica y se presta fácilmente para que los deudores de mala fe dilaten el cumplimiento. El precepto romano, se ha dicho, era mucho más expeditivo al disponer que el pago se exigiera de inmediato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Gastos del pago

Artículo 1241.- Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1241

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 su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en su artículo 220: «Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, lo decidirá el juez con arreglo al Código de Procedimientos Civiles»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 210: «Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales, lo decidirá el juez, con arreglo al Código de Procedimientos Civiles»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1244: «Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1253: «Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor».

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 102: «Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 107: «Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1261: «Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1208: «Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor».

2. Análisis

En primer término debemos diferenciar el artículo 1241 del Código Civil peruano del artículo 1364, en virtud del cual se establece que los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1241 está referido simplemente a los gastos que ocasione el pago de una deuda, y dispone que éstos sean de cargo del deudor.

Como enseña Palacio Pimentel[1222], con oportunidad del pago se hacen desembolsos económicos, ya sea de parte del obligado o del acreedor. Esos desembolsos, que vienen a ser los gastos que impone, como indispensables por el cumplimiento de la obligación, vale decir, por el pago, son muchos, según la naturaleza de la obligación, el lugar de su cumplimiento, la forma de éste, etcétera. Palacio Pimentel cita como ejemplos los de transporte, flete, embalaje, gastos de viaje de persona o personas determinadas, gastos de comisión, timbres, cancelación de hipotecas, o constitución de un apoderado o de un encargado para recibir el pago. Estos gastos en las obligaciones de dar son más fácilmente determinables, no así tratándose de las obligaciones de hacer. Por ejemplo, para ir a trabajar el obligado, fuera de su domicilio, a un lugar determinado, requerirá gastos de viaje, pasajes, viáticos; en la ejecución de una obra puede ser necesario hacer gastos previos, como demolición, desmontes, acarreo de materiales, compra de víveres, de máquinas, o flete de éstas, herramientas, materias primas, combustibles, alquileres o construcción o mejoras de locales para depósitos o almacenes, etcétera. Dentro del concepto de gastos no se comprende los reputados como superfluos.

Agrega Palacio Pimentel que en la mayoría de las legislaciones corresponden al deudor, pues los gastos se reputan como un elemento accesorio de la prestación en que consiste el pago. Añade que es ésta la opinión, entre otros, de Sánchez Román, que sirve de fundamento para imponer esa carga al deudor.

Como decía Marcadé[1223], al comentar el mismo principio contenido en el Código Napoleón, es muy natural que los gastos correspondientes al pago estén a cargo de aquél que debe pagar, puesto que éstos son sólo los medios de realizar o de constatar el pago al cual estaba obligado. Así, le corresponde al deudor aportar la cosa debida en el lugar donde se debe entregar, e igualmente corresponde a él córrer con los gastos de pago.

Señala Giorgi[1224] que la regla de que el pago se hace a expensas del deudor, expresada así, literalmente, por el Código, parece clara, pero está llena de dificultades en su aplicación. Considerada en razón significa solamente que el acreedor tiene derecho a conseguir íntegro el objeto de la obligación, sin sufrir el descuento de los gastos necesarios para efectuarlo o lograr su goce. Mas como el punto más serio está en determinar cuál sea el objeto de la obligación, dicha regla no puede convertirse en máxima de práctica utilidad, sin salir de las generalidades y descender a las aplicaciones particulares, examinando obligación por obligación, el *quid* y el *quantum debeatur*.

1222 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, pp. 497 y 498.
1223 Marcadé, Victor. *Op. cit.* tomo IV, p. 568.
1224 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 46 y 47.

Para Lafaille[1225], el punto de los gastos del pago reviste un interés práctico nada despreciable, pues a menudo se trata de sumas relativamente elevadas: transporte de la cosa, cargas impositivas, etcétera. Agrega Lafaille que corrientemente se resuelve que tales desembolsos gravitan sobre el deudor; y debe entenderse así, puesto que el obligado es quien se libera y toma a su cargo ejecutar la prestación con todos sus accesorios. Pero entiende que esto, no obstante, está lejos de ofrecer un carácter absoluto, pues aparte de la frecuencia con que los interesados regulan este punto, existen prácticas, sobre todo en el comercio, que modifican dicho criterio y distribuyen entre los interesados aquellas erogaciones.

A decir de Llambías[1226], doctrinariamente se admite —sin discrepancias— que, a falta de una determinación contraria de las partes, o de la ley, el deudor debe soportar los gastos del pago.

Llambías agrega como fundamento la directiva que resulta del principio de integridad en el pago. Si el acreedor tiene derecho a un pago íntegro y completo, no puede correr con los gastos que demande el cumplimiento debido, porque ellos redundarían en un cercenamiento de la prestación a que tiene derecho. Por lo tanto, esos gastos quedan a cargo del deudor, como un accesorio del objeto primordial de la deuda, ya se trate de obligaciones de dar o de hacer.

Precisa Llambías, por último, que no integran, exactamente, el concepto de gasto de pago, las obligaciones de impuestos de sellado u otras que se aplican al acto realizado. Para determinar quién debe cubrir, en definitiva, esos gastos, hay que examinar quién es, según la ley, el sujeto imponible; y a falta de aclaración corresponde entender que son imponibles ambas partes intervinientes: acreedor y deudor.

Como sabemos perfectamente, el artículo 1238 del Código Civil peruano de 1984 establece como regla general que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor.

Esto no significa, sin embargo, que a pesar de ser el acreedor, en principio, el obligado a realizar las gestiones destinadas a cobrar, sea él, precisamente, quien deba sufragar todos los gastos que ellas importen. El artículo 1241 señala que los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor: cualesquiera que ellos sean, en la medida en que se prueben. Un deudor renuente a pagar puede ser constituido en mora y entonces, además de los gastos del pago, tendría que indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados.

El sentido del precepto, en conclusión, es claro: el acreedor debe recibir la prestación tal como se estipuló y sin desmedro de su patrimonio para sufragar los gastos del pago. Éstos corren por cuenta del deudor.

La solución del Código peruano —solución legislativa en fin— es prácticamente universal y sus alcances no exigen mayores comentarios.

1225 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 327 y ss.

1226 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 257 y ss.

No obstante, al igual que muchas normas del Derecho de Obligaciones, ésta es una regla supletoria. Ella rige en ausencia de pacto. Aquí prevalece la autonomía de la voluntad.

El precepto, por lo demás, es aplicable a todas las obligaciones de dar y de hacer. Parece improbable que el tema de los gastos del pago esté referido a las obligaciones de no hacer. Éstas constituyen simplemente una abstención, y la abstención carece de costos; a menos que se trate de algún supuesto en que la obligación de no hacer pudiera implicar la de dejar de hacer lo que se venía realizando, caso en el cual ese dejar de hacer —lo admitimos— podría implicar algunos desembolsos.

Cabe advertir que el tema de los gastos del pago, previsto por el Código Civil peruano de 1984 y no previsto por otros Códigos, puede revestir, en algunos casos, singular significación; como sería el supuesto en que se trate, por ejemplo, de los gastos de transporte de bienes importantes, cuyo monto sea significativo, tal como anteriormente lo hemos señalado.

Por último, resulta importante mencionar que la Casación n.º 3192-98-Callao, de fecha 1 de junio de 1999, ha establecido que el daño que produce la falta de pago en el plazo concertado, se indemniza con un interés moratorio y que esta indemnización integra una penalidad. *Tercero.* El pacto por el cual la demandada queda obligada al pago compensatorio equivalente a una unidad Impositiva Tributaria por cada semana de retraso en el pago de la suma adeudada, importa una penalidad, que tiene el efecto de limitar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados. Este es el sentido como debe interpretarse el citado pacto, siguiendo el criterio rector contenido en el artículo 169 del Código Civil. *Cuarto.* El daño que produce la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado, se indemniza con un interés moratorio, a tenor de lo prescrito en la segunda parte del artículo 242 del Código Civil; pero así mismo, esta indemnización integra la penalidad conforme a lo previsto en el artículo 1341, in fine, del mismo Código. *Quinto.* No resulta procedente demandar en vía ejecutiva el pago de la penalidad, puesto que se trata de una obligación sujeta a limitaciones, que pueden ser objeto de reducción judicial, según lo dispone el artículo 1346 del Código Civil, lo que a su vez impone la necesidad de debate y la prueba para su cabal esclarecimiento, lo que resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo. *Sexto.* En armonía con los dispositivos legales citados se declara fundada en parte la demanda y se dispone que la demandada pague a la demandante la obligación principal; e improcedente la demanda en cuanto al pago de la penalidad, dejando a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en el modo y figura que corresponde».[1227]

1227 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 926. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Capítulo Segundo
Pago de intereses

Consideraciones generales acerca del pago de intereses

1. Cuestiones preliminares

Al emprender el estudio de los intereses, advertimos su innegable naturaleza económica, una realidad financiera y bancaria y, desde luego, una evidente perspectiva jurídica, las cuales ponen de manifiesto las insospechadas dimensiones que el tema ofrece.

Ante ello, prontamente concluimos en que un análisis sobre la materia que pretenda seriedad debe comprender dicha materia en forma integral, aun cuando ello signifique encarar un panorama de dispersas e interminables perspectivas.

Frente al esfuerzo que demanda un cometido de tal envergadura, y a la vista de la poca difusión que, en términos generales, existe sobre el tema, fue que meditamos sobre la importancia y conveniencia de ingresar a su estudio. Hemos optado así por analizar la materia exhaustivamente, sin olvidar las virtudes que la simplicidad de planteamientos puede ofrecer.

De esta manera, en las siguientes páginas pretendemos brindar una visión panorámica o de conjunto, que permita su comprensión global.

Con ello aspiramos a que se logre acortar las distancias existentes entre una teoría pura del interés y un conocimiento empírico de éste. Es ésta, quizá, una forma de esclarecer los puntos oscuros que en cuestión de intereses han sido objeto de viejas controversias, actuales incertidumbres y permanentes consultas.

La natural complejidad del tema y el silencio de voces autorizadas han conspirado, a nuestro entender, para el logro de un conocimiento absoluto y certero sobre el pago de intereses en el campo del Derecho. Sin embargo, las lagunas de conocimiento que en materia de intereses suelen aparecer no son exclusivas del Derecho. Ya decía John Maynard Keynes que el tema de los intereses sigue siendo un reto para el teórico de hoy. Los intereses, indiscutiblemente, superan las tradicionales teorías, análisis y recomendaciones económicas; por ese motivo se ha dicho que la teoría general sobre los intereses es confusa y confunde.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

A nuestro modo de ver, un error fundamental para comprender conceptos esenciales es olvidar su dimensión económica; la falta de integración de una perspectiva económico-jurídica da como resultado afirmaciones que, al ignorar una de las caras del fenómeno, no son del todo certeras. Esta visión no pretende hacer una confrontación con los puntos de vista anteriores al nuestro; intentamos simplemente escribir sobre lo que no se ha dicho, pero que necesariamente debe decirse.

En esta línea de pensamiento, nuestra pretensión no es otra que la de estudiar bajo una óptica jurídica la realidad económica del pago de intereses. No nos parece conveniente seguir construyendo planteamientos jurídicos en que los factores monetarios no juegan ningún papel. Creemos que no es aconsejable dejar estas cuestiones exclusivamente en manos de banqueros, economistas, contadores y financistas, toda vez que por la incidencia que tiene el fenómeno que nos ocupa, en el campo del Derecho, resulta indiscutible que dicha materia es también, fundamentalmente, un tema jurídico.

Así, en las siguientes líneas, trataremos la evolución histórica de la obligación de dar intereses, su naturaleza jurídica, definición, características, diferencias con otras figuras, clasificación, nacimiento y extinción.

Antes de concluir con estas nociones previas, nos referiremos a las tasas de interés, las que, a nuestro modo de ver, son un eslabón necesario en su secuencia expositiva.

2. Evolución histórica del pago de intereses

Cuando se intenta determinar el origen histórico del pago de intereses, suele pensarse que éste coincide con los orígenes del crédito, vale decir, desde el momento en el que los sujetos, al intercambiar sus bienes, deciden diferir la entrega de uno de ellos para una fecha futura, acordando, a su vez, el pago de un plus por el uso y por el riesgo que importa la entrega de un bien presente por un bien futuro.

La antigüedad que tiene la historia de los intereses puede suponerse coincidente con lo que acabamos de señalar.

No obstante, ya en las leyes mosaicas del pueblo hebreo, en el Código de Hammurabi y en las Leyes de Solón, el pago de intereses había alcanzado un reflejo normativo, sea para prohibirlo o para regularlo.

La palabra *usurae*, según anota Di Prieto, citado por Carlos Villegas y Mario Schujman[1228], representaba más que el fruto de un capital, el precio por el riesgo del préstamo.

1228 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 50.

En el Derecho romano, el mutuo en un inicio fue gratuito. Max Weber, citado por Villegas y Schujman, señala que la gratuidad del *mutuum* romano obedece a que en la antigüedad el cobro de intereses era un derecho aplicable al extranjero. Así, dentro de la comunidad de tribu, pueblo o linaje no existió el interés.

Empero, es preciso anotar que no obstante la gratuidad del mutuo, fue posible establecer un pacto adicional para el cobro de intereses, al que se le llamó *stipulatio usurarum*.

Dicho *pactum* fue admitido en los préstamos de grano y sólo tiempo después en los préstamos de dinero hechos por los banqueros; esto último, como reconocimiento a la actividad bancaria. Además, se admitió que la cuantía de los intereses fuese fijada en razón del riesgo que la operación realizada pudiese importar.

Como es de imaginarse, el cobro de intereses generó en Roma constantes reclamos, pues el monto de aquéllos llegó a ser impresionante; por tal razón, fueron diversas las normas dictadas.

Estas disposiciones intentaron ordenar el devengamiento de los intereses y prohibir la capitalización de éstos. Entre dichas normas podemos citar a las leyes *licinas sextias* del año 367, la *lex duilia menenia* del año 347, la *lex genucia* del año 342, la *lex procia* del año 118, la *lex marcia* del año 104 y la *lex cornelia pompeia unciaria* del año 88, todas ellas A.C.

Recuerda Lafaille[1229] que los intereses y el abuso de éstos han existido en todas las épocas. En la antigüedad fue una de las lacras sociales más odiosas y frecuentes.

De otro lado, siguiendo a Muñiz Barreto, Villegas y Schujman[1230] anotan que en cuestión de intereses la Iglesia católica fue sumamente estricta, ya que basándose en las palabras de Jesús en el Sermón de la Montaña (San Lucas, Capítulo VI, Versículo 35), «Vosotros, [...] haced el bien y prestad sin esperar nada en retorno», prohibió el cobro de intereses.

Esta prohibición fue recogida desde el año 314 con el Concilio de Arlés y se mantuvo hasta el año 1139 en el Concilio de Letrán.

Lafaille[1231] sostiene que, en el ámbito espiritual, los canonistas repudiaron todo lucro sobre la base del dinero, pero traducido este anhelo en reglas positivas equivaldría a exigir de la humanidad una ética demasiado alta y un sentido del amor al prójimo que no es posible pretender.

1229 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, p. 161.
1230 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 53.
1231 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, p. 161.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Jacques Le Goff, citado por Villegas y Schujman[1232], expresa que los autores escolásticos, basados en la moral natural, sostenían la improcedencia del préstamo a intereses.

Una de las razones por las que se prohibía el cobro de intereses era la siguiente: quien presta no realiza un verdadero trabajo, no crea ni transforma la materia; por ello, si percibe una ganancia por el solo hecho del préstamo, explota el trabajo de otros, el trabajo del deudor.

Por otra parte, la prohibición que la Iglesia estableció sobre el cobro de intereses fue rebatida con un pasaje de la Sagrada Escritura, pues en el Evangelio según San Mateo, capítulo xxv, versículos 26 y 27, Jesús, al exponer en la parábola de los talentos qué es lo que debió hacer un siervo al que su señor le había confiado un capital, señala que aquél debió hacerlo productivo: «Siervo malo y perezoso, [...] debías pues, haber entregado mi dinero a los banqueros, y a mi regreso yo lo habría recobrado con sus réditos».

Frente a esto, la sociedad buscó la forma de eludir la prohibición de cobrar intereses, más aún en la Edad Media, ya que ante la invasión islámica, el mar Mediterráneo dejó de ser la gran arteria comunicante entre Occidente y Oriente; así, al decaer el comercio y la industria, los particulares se vieron obligados a recurrir, por un lado al dinero, sin importar el pago de un interés, y de otro, a la actividad agrícola.

No obstante, con el transcurso del tiempo la actividad bancaria tuvo un estatus profesional y se extendió por toda Europa.

La Iglesia continuó sancionando el cobro de intereses. Pero, finalmente, dejó la actividad de banquero al pueblo judío, que era expulsado de una ciudad a otra.

Los lombardos fueron conocidos prestamistas no sólo por sus préstamos usureros, sino también por contar con un capital constituido por recursos propios, de su familia y de terceros.

Así, es sólo en la Edad Moderna y en el contexto de una economía totalmente monetaria que la idea de la equidad y licitud del interés fue admitida.

Nussbaum, citado por Villegas y Schujman[1233], dice que la legislación prohibitiva de los intereses fue sustituida en Europa por leyes sobre intereses máximos.

Hoy por hoy, la obligación de dar intereses es regulada por casi la totalidad de los códigos civiles contemporáneos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1232 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 54.
1233 *Ibidem*, p. 58.

3. Naturaleza de los intereses

El peso de una realidad inocultable nos hizo comprender que los intereses, si bien ostentan profusas proyecciones en el campo jurídico, son un fenómeno económico y no una figura ideada por el Derecho.

Bajo esta perspectiva, sostenemos que a la noción de intereses le asiste una naturaleza económica antes que jurídica.

En este sentido, Rodolfo A. Santangelo[1234] señala que ya en el siglo XVI algunos escolásticos, como Molina y Lugo, defendieron la tesis de que el interés era un fenómeno monetario.

Al respecto, Villegas y Schujman[1235] opinan que la importancia adquirida por los intereses hace que el abogado necesite adentrarse en el estudio de este tema jurídico, pero para su comprensión resulta imprescindible precisar el contenido fáctico del fenómeno, dentro del contexto económico donde éste se genera.

A entender de Fernández[1236], la problemática de los intereses constituye para el Derecho Civil uno de esos puntos de conexión entre dos ciencias sociales claves: el Derecho y la Economía, pues la noción jurídica de interés parte de una concepción económica de capital, que debe ser entendida como tal.

Agrega Fernández, que se trata de entender que hay conceptos que tienen, en su origen, una explicación natural dentro de un contexto propio; y es necesario para respetar la puridad conceptual aplicar dichos conceptos en su real acepción. Así, si se trata de explicar en el campo jurídico la noción de interés, el jurista no puede olvidar que dicho concepto se genera en uno económico, el de capital; esto lo obliga a entender ese concepto en dicha acepción para poder explicar la real naturaleza jurídica del interés: si este concepto se genera en uno económico de valor de cambio, donde no importan los bienes en su individualidad, sino como medida de valor de otros bienes, no puede hablarse que constituya «fruto de un bien», sino rendimiento de un capital.

Ello hace imperativo un replanteo en torno al tratamiento que se ha otorgado a los intereses, esto es, cuidando que los planteamientos jurídicos respondan a su natural contexto económico. Todo ello, a fin de valorar en su justa medida las proyecciones que el tema de los intereses presenta en el ámbito jurídico.

1234 Santangelo, Rodolfo A. «Teorías alternativas sobre la tasa de interés». En *Serie de Información Pública, n.° 16.* Publicada por el Centro de Estudios Monetarios y Bancarios del Banco Central de la República de Argentina, 1984, p. 15.

1235 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 11.

1236 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». En *Derecho PUCP*, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 45. Lima, 1991, p. 178.

ESTUDIO MANUEL ALTUNA GUEVARA

Conforme señala el citado autor[1237], la concepción más extendida y aceptada en torno a la naturaleza jurídica del interés es aquélla que lo concibe como un fruto civil. Así lo entiende Boffi Boggero, citado por Villegas y Schujman[1238], quien señala que «Los frutos civiles son una creación jurídica que permite ver en los "emolumentos", "salarios", "intereses", "alquileres", etcétera, verdaderos frutos de la actividad material o inmaterial, del uso o privación de una cosa. Estos frutos se producen sólo jurídicamente, mientras que los otros se producen en el mundo natural y tienen reconocimiento jurídico». Añade el citado autor que en los frutos naturales hay un esquema normativo que recoge el proceso natural, mientras que en los civiles ese esquema es puramente jurídico.

Por su parte, Von Tuhr, citado por Fernández[1239], sostiene que, económicamente considerados, los intereses representan la renta del capital de que el acreedor se priva; jurídicamente, pueden considerarse como frutos civiles del crédito.

Mariconde, también citado por Fernández, afirma que los intereses son un tipo de frutos civiles, en el sentido de que provienen del uso o goce de la cosa o de su privación, y como frutos son accesorios del capital que los rinde con arreglo a los términos del contrato o de la ley.

Al respecto, debemos anotar que el tratamiento legislativo del interés como fruto civil ha tenido gran resistencia. En la antigüedad, teólogos y juristas, basándose en la doctrina de Aristóteles, sintetizada en su famoso principio *pecuni non parir pecuniam* (el dinero no produce dinero), afirmaban que no se podía exigir interés por el dinero, por tres razones principales, a saber:

a. Porque el dinero es estéril.

b. Porque debiendo haber en todo contrato igualdad entre el valor que se recibe y el que se da, en el mutuo se falta a esa igualdad cobrando intereses, porque entonces el mutuante cobra más de lo que dio, sin dar por su parte un *compensatio* al aumento que exige.

c. Porque es principio general de Derecho que las cosas sólo producen frutos para sus dueños; y como el tomador del dinero prestado se hace dueño de él, el mutuante no puede sacar provecho de un capital que ya no es suyo.

Empero, según hemos señalado, el principio de la esterilidad del dinero es ya historia, pues si partimos de la premisa que productivo es todo lo que directa o indirectamente puede contribuir al aumento de la riqueza, podemos concluir que tan productivo es un fundo como un capital de diez mil soles.

1237 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 191.

1238 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 86.

1239 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 196.

Fernández Cruz considera que el gran problema de entendimiento en torno a la naturaleza jurídica del interés se presenta por la utilización indistinta de términos con los que suele definirse al interés (fruto, precio, remuneración, rédito, rendimiento).

De esta manera, señala dicho autor, la pregunta en torno a la naturaleza jurídica de los intereses no es sino la pregunta en torno a la noción misma del interés.

Ahora bien, para arribar a la noción de interés como fruto en nuestro Código Civil, según anota el citado autor[1240], es necesario interpretar en forma sistemática las normas referidas a frutos y al pago de intereses. De este modo, al comprender al interés dentro de los supuestos del artículo 891 del Código Civil peruano, que define a los frutos civiles, la relación jurídica a que alude la norma citada debe entenderse como una de carácter obligacional, que determina la producción de nuevos bienes de igual género y calidad, en compensación por el uso de los bienes adeudados o la privación temporal de aquél en forma indebida.

A entender de Fernández no son los bienes adeudados los que producen intereses como consecuencia de una relación jurídica, ni ella misma. El interés es producido por un capital.

El interés, según Fernández Cruz, constituye un rendimiento por la aplicación indebida o debida de un capital, y, en función del tiempo de aplicación, dicho rédito estará constituido por bienes de la misma naturaleza que los debidos por la prestación. De esta manera, manifiesta su desacuerdo con aquella doctrina que cataloga a los intereses como frutos civiles, ignorando con ello toda la concepción económica del capital que los produce.

Por ello, expresa el citado autor que partiendo del concepto económico de capital, entendido éste como valor de cambio, mal puede hablarse de que el interés constituya un fruto civil o, peor aún, el precio, remuneración, compensación o renta de un bien: es, más bien, el rendimiento de un capital.

4. Definición de la obligación de dar intereses

Al estimar que, de suyo, al interés le asiste una naturaleza económica antes que jurídica, consideramos que para los estudiosos del Derecho, en cuanto se trate de la definición del tema, resulta propio apreciar cuándo nos encontramos frente a una obligación de dar intereses. Así lo entienden también Messa, Mariconde y Albaladejo, entre otros, quienes se encargan de definir el pago de intereses y no el interés en sí.

1240 *Ibidem*, p. 192.

No obstante, autorizadas voces, visualizando bajo otra óptica el mismo panorama, sostienen un planteamiento distinto del que acabamos de anotar y esgrimen sus propias definiciones sobre el interés.

Así, encontramos que conforme anota Busso[1241], Windscheid define a los intereses como «[…] la compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho».

Pensamos que poner de relieve a una de las funciones del interés es alejarse de su definición, ya que aquéllas más que definirlo tan sólo lo caracterizan.

Por su parte, precisa Busso que Enneccerus sostiene: «Llámase interés a una cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital, en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización de él».

En igual sentido, Roberto de Ruggiero[1242] define a los intereses como «[…] aquellas cantidades de cosas fungibles que el deudor debe al acreedor como compensación al disfrute de una mayor cantidad de aquéllas debidas también al acreedor; surgen o pueden surgir con respecto a una deuda cualquiera como obligación accesoria, cuyo contenido se fija con arreglo a un porcentaje sobre el capital».

Albaladejo[1243] señala que los intereses consisten normalmente en una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas, proporcional a la cuantía de éstas y a la duración de la deuda.

Consideramos que un enfoque inadecuado de la materia que nos ocupa podría llevarnos a una distorsión en la definición del interés. En nuestra opinión, los bienes fungibles que el acreedor puede exigir al deudor son tan sólo un medio de pago por concepto del interés adeudado, de modo que no podría afirmarse que el interés sea precisamente una cantidad de bienes. Debe recordarse que el interés puede pagarse también en dinero.

Expresa Busso[1244] que los intereses de deudas nacidas de una convención son los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como una indemnización por un retardo en el cumplimiento.

Pensamos que es un acierto atribuir a la definición de los intereses un término tan abstracto como el de «aumentos». Empero, creemos que al haber preocupado a Busso el que su definición consignase las funciones del interés, ésta vio frenado el brillo que podría haber ostentado. Así lo entendemos cuando circunscribe el devengamiento de intereses a las deudas pecuniarias, olvidándose

1241 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 267.
1242 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 54.
1243 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 67.
1244 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 267.

de otras más en las que dicho devengamiento también se configura y al señalar que el retardo en el cumplimiento genera el pago como indemnización, cuando hubiese sido preferible hablar de mora en vez de retardo.

Llambías, citado por Villegas y Schujman[1245], recuerda que intereses son los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero en razón de su importe y del tiempo transcurrido, *prorrata temporis*. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo.

El acercamiento de la definición esbozada por Llambías a la de Busso puede advertirse fácilmente, toda vez que ambos señalan que los intereses son los aumentos que experimentan o devengan las deudas pecuniarias o de dinero. No obstante, el referido autor se aleja de Busso al destacar el factor tiempo en su definición, que, pese a ser bastante acertada, es aún perfectible.

Arthur Nussbaum, citado por Carlos Villegas y Mario Schujman[1246], precisa que el interés es un pago periódico hecho por el deudor al acreedor como compensación por el uso de la suma recibida en préstamo.

Una seria objeción debe hacerse al planteamiento de Nussbaum, quien al expresar que el interés es un pago periódico se aleja de la noción que por interés debe tenerse. Asimismo, cuando recurre a una de las funciones del interés, sólo hace mención a uno de los supuestos en los que dicho pago debe efectuarse.

Fernández Cruz[1247] señala que en torno a la problemática del interés se han discutido y afirmado diversas concepciones que solamente han contribuido a crear más confusión sobre el tema, que de por sí es complicado.

Arango Barrientos, citado por el referido autor, resume las concepciones que sobre el interés se han elaborado.

Así tenemos que se habla de interés como:

- Fruto de un capital.
- Precio del dinero.
- Remuneración por el sacrificio de la privación de un capital.
- Compensación.
- Indemnización.
- Rédito o rendimiento.

1245 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 84.

1246 *Ibidem*, p. 82.

1247 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 189.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, a entender de John Maynard Keynes, citado por Villegas y Schujman[1248], interés es el precio de los servicios que el dinero presta a su tenedor. Tales servicios son: de transacción, de precaución y de especulación.

Permítasenos hacer una anotación al respecto. Conviniendo con Villegas y Schujman, entendemos que no corresponde hablar de interés como precio, porque este último es el valor de un bien medido en dinero; así, decir que interés es el precio de una cantidad de dinero, importa decir que es el valor medido en dinero de una cantidad de dinero.

Ahora bien, una vez abierta la brecha en las definiciones dadas, creemos necesario insistir en el papel que el Derecho debe asumir frente a los intereses. Para ello traemos a colación la opinión de De Ruggiero[1249], cuando afirma que no corresponde al Derecho explicar el fenómeno económico en cuya virtud una suma de dinero puede producir fruto, es decir, crear mediante su empleo y como compensación a las utilidades que procura, otro valor económico; el Derecho lo reconoce e interviene solamente en su regulación, dictando normas para el caso en que, aun sin la voluntad de las partes, una prestación deba producir intereses, o limitando la libertad de los contratantes para impedir los abusos que pueda originar este fenómeno.

En este orden de ideas es que consideramos que a los estudiosos del Derecho nos toca señalar cuándo nos encontramos ante una obligación de pagar intereses; milita en esta línea de pensamiento Albaladejo[1250], quien señala que una obligación de capital lleva consigo otra accesoria, llamada obligación de intereses, a cargo del deudor y consiste en el pago de los frutos civiles del derecho de crédito que los produce.

Asimismo, debe destacarse la definición de Messa, también citado por Villegas y Schujman[1251], por la que hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de otra cantidad de cosas genéricamente designadas, está obligado a pagar al acreedor, sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de su uso en cosas de igual género y calidad o en su equivalente pecuniario y en proporción a la cantidad debida principalmente a lo que haya durado la privación de su uso.

Advertimos fácilmente que el planteamiento de Messa intenta resaltar que el interés puede pagarse en dinero o en bienes sobre una obligación no necesariamente dineraria. Sin embargo, hacemos reserva expresa cuando Messa circunscribe el concepto de interés al único supuesto de compensación al acreedor.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

1248 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 69.
1249 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 54.
1250 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 68.
1251 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 81.

Por nuestra parte, consideramos que hay obligación de dar intereses cuando por mandato legal o contractualmente, el deudor se halla constreñido frente al acreedor al pago, o —excepcionalmente— a la capitalización de un valor cuantificable, en una tasa establecida por las partes, la ley o la autoridad monetaria, consistente en una suma de dinero o una cantidad de bienes fungibles. Ellos aumentan, por periodos determinados, el capital otorgado en razón directa con la duración de la transacción, el riesgo que importa la falta de cumplimiento o retrasos en el pago de éste, el costo de oportunidad, la cantidad de dinero o bienes y, en algunos casos, las fluctuaciones del valor de estos últimos.

Antes de concluir, debemos anotar una cuestión adicional. No toda renta, beneficio o retribución que pague un deudor por la transferencia de un capital constituye lo que se denomina pago de intereses.

Para que pueda hablarse del pago de intereses debe existir una obligación principal, de donde los intereses son la obligación accesoria a cargo del deudor, sea porque las partes así lo han acordado, o en virtud de un mandato legal.

Asimismo, es preciso que dicho pago se efectúe con cierta periodicidad y, finalmente, que el beneficio que recibirá el acreedor se fije, por lo menos, en proporción al tiempo y al riesgo que supone la operación. Sólo entonces estaremos frente a una obligación de pagar intereses.

5. Caracteres de la deuda de intereses

A continuación anotamos los rasgos que con mayor notoriedad caracterizan a la deuda de intereses.

5.1. Accesoriedad

Por definición, la obligación de dar intereses es accesoria a una deuda principal.

Así también lo entiende De Ruggiero[1252] al señalar que de su naturaleza se deriva que la deuda de intereses no puede generarse si no existe una deuda principal.

En opinión de Salvat[1253], la obligación de dar intereses es un accesorio del crédito que los produce.

Por su parte, Albaladejo[1254] plantea que el reconocimiento de la accesoriedad de la obligación de dar intereses amerita hacer una distinción. Por un lado, se habla de obligación de intereses en el sentido de quedar el deudor obligado —además de al pago de la deuda principal— al pago de intereses en el futuro; y por otro, en el de tener que pagar los ya devengados.

1252 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 54.
1253 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 422.
1254 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 69.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el primer caso, precisa el referido autor, la obligación de intereses es por completo accesoria de la de capital, mientras que en el segundo supuesto tal obligación, aunque en ciertos aspectos vaya unida a la principal, tiene sustantividad propia una vez nacida.

Así, De Ruggiero[1255] señala que el carácter accesorio ya mencionado, no impide el hecho de que los intereses constituyan, a veces, objeto de una obligación autónoma cuando por un motivo cualquiera se desglose del capital hasta el punto de poder accionar por aquélla, sin perjuicio de ésta.

Habiéndose precisado la accesoriedad de la obligación de dar intereses, pasamos a enumerar las consecuencias que de ella se derivan:

- No puede generarse una obligación de intereses sin la existencia de una deuda principal.
- El devengamiento de los intereses se va produciendo a través de la duración de la deuda principal, de modo que frente a la extinción de esta última, cesa la deuda de intereses.
- La transmisión de la obligación principal importa la transmisión de la deuda de intereses, así como de la garantía que protegía a ambas deudas.

En este orden de ideas, si bien la obligación de dar intereses nace de una deuda principal respecto de la cual es accesoria, con posterioridad, puede adquirir condiciones especiales de autonomía, haciendo posible la constitución de nuevas relaciones jurídicas en torno a ella.

5.2. Deuda dineraria, por regla general. Deuda de valor, por excepción

La diferencia existente entre una deuda dineraria y una deuda de valor nos obliga a precisar qué clase de deuda es el pago de intereses.

Cabe recordar que por deuda de valor se entiende aquella obligación en la que el objeto de la prestación es un valor abstracto, que habrá de medirse en dinero al momento del cumplimiento de la prestación. Vale decir, se debe un valor que se traducirá en dinero al momento del pago.

En cambio, en las deudas dinerarias, llamadas también pecuniarias o numerarias, el objeto de la prestación debida es el dinero en un monto determinado. En otras palabras, se debe una suma definida de dinero.

Al respecto, entendemos que por regla general el pago de intereses es una deuda pecuniaria. Ello en virtud de que, normalmente, los intereses se pagan con una suma de dinero. Además, desde el origen de la obligación, la retribución por concepto de intereses debida al acreedor es fijada en una suma perfectamente

1255 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 54.

determinable, ya que mediante el establecimiento de una tasa es posible hacer el cálculo del interés que efectivamente se va a pagar.

Empero, si bien sale de lo usual, es posible que las partes convengan que el pago de intereses sea en especie y no en dinero. En este supuesto, la deuda de intereses, por excepción, dejaría de ser una deuda de dinero para convertirse en una deuda de valor, ya que sería preciso avaluar los bienes a pagar por concepto de interés, para que, sobre la base de dicho valor, sea posible el cálculo de los intereses debidos.

Un gran sector de la doctrina, sin embargo, se pronuncia únicamente sobre el carácter pecuniario de la deuda de intereses. Así lo hace Alberto Trabucchi[1256], quien señala que el pago de los intereses constituye en sí mismo una obligación pecuniaria.

Antes de zanjar esta cuestión, conviene anotar la opinión de Cárdenas Quirós[1257], quien considera que si bien usualmente los intereses se concretan en una suma de dinero, nada impide que estén constituidos por una proporción de bienes fungibles o consumibles de la misma clase de aquellos que son objeto de disfrute por el deudor.

Citando a Mariconde, continúa señalando dicho autor, en este supuesto las cosas deben abstractivizarse (*sic*) y simbolizarse en una cantidad con un valor o importe predeterminado, porque de no ser así sería imposible obtener esa proporción sobre el capital y el tiempo, que constituye una característica fundamental de los intereses.

En este orden de ideas, es posible sostener que independientemente del carácter que revista el pago de intereses, éste procede sobre una deuda, pecuniaria o no.

6. Diferencia con otras figuras

La deuda de intereses posee ciertas particularidades que la distinguen de otras figuras, tales como:

6.1. Los dividendos o participación en las ganancias

El dividendo es la suma a que el accionista de una sociedad mercantil tiene derecho, siempre que ésta al final del ejercicio económico arroje utilidades líquidas. La suma otorgada al accionista materializa la participación de éste en las ganancias de la sociedad.

En cambio, los intereses se pactan con independencia de si el resultado económico beneficia o no al receptor del crédito otorgado. A decir verdad, este criterio

1256 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 56.

1257 En Arias-Schreiber, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo II, p. 243.

Estudio Mario Castillo Reyes

podría verse reflejado en el monto de la tasa de interés, pero ello no podría significar una similitud entre ambas figuras.

Larenz[1258] señala que la obligación de pago de intereses exige la fijación de dicha remuneración en una cuantía determinada desde el origen de la obligación y equivalente a una fracción del capital debido. Por esto, no son intereses las participaciones en las ganancias que varían según la cuantía de éstas.

Por su parte, Albaladejo[1259] opina que los dividendos que las sociedades reparten a sus miembros constituyen una participación en las ganancias obtenidas y, por ello, se diferencian de los intereses.

6.2. Las cuotas de amortización

La amortización es el reintegro del capital mismo mediante el pago de cuotas periódicas convenidas, las que disminuyen el monto de la obligación principal adeudada.

Manuel Albaladejo[1260] anota que las cantidades entregadas para la amortización de la deuda principal son un pago parcial de ésta y no un pago de intereses.

6.3. El reajuste de deudas

El valor de una deuda es posible de actualizarse mediante la aplicación al contrato de una cláusula de estabilización, de modo que durante el tiempo en que éste se desarrolle, el monto de la obligación debida pueda indexarse en caso de que, como consecuencia de un proceso inflacionario, opere una depreciación monetaria.

De otro lado, el reajuste de una deuda no altera el *quantum* real del capital, ya que tan sólo modifica su apariencia nominal; vale decir, el valor adquisitivo del capital que se paga al vencimiento de cada periodo es el mismo que el de aquél del capital original.

Sin embargo, los intereses se determinan siguiendo criterios que distan con los que han de considerarse al momento de pactar una cláusula de estabilización contractual. Además, siendo el ajuste de capital una obligación principal, ésta puede llevar consigo el devengamiento de intereses. Con ello, la diferencia existente entre ambas figuras es evidente.

6.4. Las comisiones

Por lo general, la comisión retribuye la prestación de un servicio o la actuación de un comisionista en un negocio comercial. Por ello, fácilmente puede advertirse la distancia que separa a esta figura de los intereses.

1258 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 185.
1259 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 69.
1260 *Idem.*

7. Clasificación

Numerosos son los criterios de clasificación que la doctrina ha elaborado en torno a los intereses. Sin embargo, ante tan profusa materia, hemos seleccionado tan sólo algunos de ellos. Así, pasamos a citar ciertos conceptos de distinción en función de los cuales es posible clasificar el tema en estudio.

7.1. Según su fuente

Por su fuente, los intereses pueden ser convencionales o legales, según que la obligación de dar intereses surja de la voluntad de las partes o en virtud de la ley.

De esta manera, en atención al origen de dicha obligación, es posible clasificar a los intereses en: intereses legales, cuando el deber de pagar intereses surge de la ley; e intereses convencionales, si aquél nace de un convenio entre las partes.

Von Tuhr, citado por Fernández Cruz[1261], clasifica a los intereses en:

- Voluntarios, que tienen su origen casi siempre en un contrato, pero cabe que provengan también de un acto de última voluntad.
- Legales, que nacen sin la voluntad de las partes, por prescripción de la ley. Supuestos importantes de aplicación de esta clase de intereses son los moratorios y los procesales. Para Von Tuhr, según anota Fernández, hay casos en que la deuda empieza a producir intereses antes de constituirse al deudor en mora por el mero hecho de entablarse la acción o reclamación.

Ahora bien, los intereses tanto convencionales como legales pueden, a su vez, clasificarse en compensatorios y moratorios.

Al respecto, anota Busso[1262] que los criterios enunciados dan lugar a clasificaciones paralelas que no son incompatibles. Tanto los intereses compensatorios como los moratorios pueden ser convencionales y legales.

Salvat[1263], al pronunciarse sobre la materia, señala que los intereses según su fuente se clasifican en convencionales y legales. Los primeros, los establecen las partes, los segundos los fija la ley. Precisa el citado tratadista que los intereses convencionales pueden ser compensatorios y moratorios. Son compensatorios cuando se estipulan para retribuir el precio del uso del dinero ajeno. Son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora.

A decir de De Ruggiero[1264], los intereses pueden reconocerse por causa directa de la ley o por la voluntad manifestada mediante negocio jurídico. Llámanse legales

1261 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 180.

1262 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 267.

1263 Salvat, Raymundo M.. *Op. cit.*, tomo I, p. 421.

1264 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 55.

los primeros y convencionales los segundos. Los intereses voluntarios, mal llamados convencionales, son aquellos que se reconocen por causa directa de la voluntad. En los intereses legales pueden subdistinguirse dos especies perfectamente caracterizadas y separadas, ya que es completamente diverso el motivo o título por el que la ley los impone al deudor. Una es la de los intereses de mora, y la otra, los intereses retributivos. Moratorios son los intereses debidos por haber omitido el deudor el cumplimiento de la obligación. Retributivos, son aquellos cuya función es restablecer el equilibrio patrimonial y son debidos por el uso de un capital.

7.2. Según su función

Por su función, los intereses pueden ser compensatorios o moratorios.

Los intereses compensatorios, según anotan Villegas y Schujman[1265], tienen por función otorgar un beneficio, un lucro, al capital invertido o transferido. Por ello, el interés compensatorio constituye una contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Los intereses moratorios se devengan (de haberse pactado) debido a las circunstancias del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación, por parte del deudor, y a la constitución en mora de este último. Su función es la de indemnizar la mora en el pago.

Por su parte, Alterini, citado por Fernández[1266], señala que son intereses voluntarios los que nacen de la voluntad de las partes, comúnmente de una convención. Entre ellos cabe distinguirse, a su vez, según su finalidad, los siguientes:

- Lucrativos, comúnmente denominados compensatorios, que constituyen frutos civiles del capital.
- Punitorios, que comportan una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de mora del deudor.

En cambio, son intereses legales los establecidos por la ley independientemente de la voluntad de los sujetos. Estos intereses pueden, a su vez, desde el enfoque de su finalidad, distinguirse en:

- Retributivos, que son impuestos por la ley con la finalidad de mantener o restablecer un equilibrio patrimonial, con independencia del estado de mora del deudor.
- Moratorios, que también son impuestos por la ley y representan el daño moratorio; la indemnización consiguiente al estado de mora del deudor.

1265 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 100.

1266 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 182.

René Padilla, también citado por Fernández Cruz[1267], clasifica a los intereses por su fuente y la finalidad que persiguen. Así tenemos que los intereses pueden ser:

- Convencionales, o contractuales, en razón a su carácter voluntario. Estos intereses, en atención a su finalidad económica, pueden a su vez ser:
  - Compensatorios, que son aquellos que deben pagarse por el uso de un capital ajeno, pues aparecen como fruto de él.
  - Punitorios, que no son sino los daños moratorios prefijados como intereses en la llamada cláusula penal moratoria, que cumple entonces una doble finalidad: indemnizatoria y compulsiva.
- Legales, aquéllos que acusan su etiología en la ley. Atendiendo a su finalidad, pueden ser de tres clases:
  - Retributivos, que cumplen una función semejante a la de los compensatorios, aunque son de fuente legal.
  - Sancionatorios, reconocidos por el artículo 622 del Código Civil argentino de 1871, vale decir aquéllos que la ley impone en razón de la conducta maliciosa observada por el deudor durante la tramitación de un proceso judicial.
  - Moratorios, aquéllos que en las obligaciones pecuniarias se generan con la mora por imperativo legal.

7.3. Según se paguen o capitalicen a su vencimiento

Las partes pueden acordar que, de acuerdo a los intervalos establecidos, el interés vencido se pague o se capitalice. Esto hace necesario distinguir un supuesto del otro.

Cuando sólo el capital gana intereses por todo el tiempo que dura la transacción, el interés es «simple». Éste resulta de aplicar una tasa nominal sobre el importe del capital inicial, en un plazo determinado.

Por otra parte, el interés es «compuesto» cuando se capitaliza. Vale decir, cuando el interés simple se adiciona al capital al final de cada intervalo de tiempo pactado para ganar intereses en el periodo siguiente. Así, el interés compuesto supone que los intereses, al adicionarse al capital, generen junto con este último, intereses en el siguiente periodo.

Al respecto, Villegas y Schujman[1268] anotan que el interés es simple o compuesto, según se calcule en forma directa o capitalizada. De modo que es simple el interés generado en forma exactamente proporcional al tiempo, capital y tasa. Mientras que se trabaja con un interés compuesto cuando los intereses produci-

1267 *Ibidem*, pp. 183 y 184.

1268 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 104.

dos al cabo de un periodo se capitalizan y, a su vez, siguen produciendo intereses hasta el final del plazo.

7.4. Según se apliquen sobre un capital actualizado o no

Conforme apuntan Villegas y Schujman[1269], el interés que se cobra en las operaciones acordadas sin ajuste de capital se denomina «interés nominal», en oposición al «interés real» aplicable a obligaciones ajustadas con alguna cláusula de estabilización.

Naturalmente, al contener una fuerte previsión por depreciación de la moneda, el monto del interés nominal es mayor que el monto del interés real.

De otro lado, el interés real también se denomina interés puro, ya que se aplica a las obligaciones indexadas.

En el caso de las operaciones bancarias —agregan los autores citados—, es menester que el interés real, además, haya retribuido el costo operativo, el riesgo que genera la posible insolvencia o morosidad del deudor, y que haya reembolsado la carga fiscal que grava la operación financiera. Sólo en esta instancia podremos hablar de interés real o de interés puro.

7.5. Según la forma de cálculo del interés sobre una operación amortizable en cuotas

Ante el supuesto de una operación en la que se haya pactado que la devolución del capital pueda realizarse a través de una amortización de cuotas periódicas, el interés a pagar puede revestir dos formas de cálculo, las que originan la clasificación de «interés directo» e «interés sobre saldos».

El interés directo es el que se calcula sobre el total del capital adeudado, de modo que la tasa se aplica durante todo el plazo sobre la deuda inicial, sin tener en cuenta las amortizaciones de capital realizadas.

En cambio, el interés sobre saldos es menos oneroso, pues se calcula después de cada amortización sobre los saldos de capital; así, la tasa se aplica sobre el monto adeudado en cada periodo.

8. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses

Conforme anotan Villegas y Schujman[1270], al ser la obligación de intereses una obligación accesoria, el nacimiento de los intereses depende de la obligación principal.

No obstante, es menester precisar que si bien el nacimiento de la deuda de intereses depende de la existencia previa de la obligación principal, el momento

1269 *Ibidem*, p. 103.
1270 *Ibidem*, p. 121.

en el que nace la deuda de intereses puede o no coincidir con la fecha en que se generó la obligación principal. La deuda de intereses puede tener, entonces, una fecha posterior.

Además, debe igualmente distinguirse el nacimiento de la obligación de dar intereses del devengamiento de éstos.

Por devengamiento de intereses se entiende el fenómeno por el cual, a través del tiempo que transcurre entre el día del préstamo y el de la devolución, un capital genera un plus al que el acreedor tiene derecho. Así, el devengamiento se produce según la periodicidad pactada o la establecida por ley.

En cuanto a la extinción de la deuda de intereses, se ha dicho que —dado el carácter accesorio que reviste dicha deuda— la extinción de la obligación principal conlleva a la extinción de la obligación de dar intereses. Ello, como consecuencia del principio latino que reza: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Al respecto, debemos anotar que la certeza de dicha afirmación dependerá de la forma en que la obligación principal se hubiese extinguido.

A nuestro modo de ver, éste sería el caso de la consolidación o confusión total, toda vez que al reunirse las condiciones de acreedor y deudor en una misma persona, ambas deudas, la principal y la de intereses, se extinguirán, ya que nadie va a pagarse a sí mismo.

Distinto sería el caso si la extinción de la obligación principal se produce por otros medios previstos por la ley, tales como la novación, la compensación, la condonación, la transacción o el mutuo disenso, supuestos en los cuales la obligación de dar intereses subsistiría.

Queremos insistir en el hecho de que si bien la deuda de intereses depende de la deuda principal para su nacimiento, a partir de entonces es autónoma en su existencia.

Por otra parte, la extinción de la obligación de dar intereses puede producirse de diferentes formas, que apuntamos a continuación:

8.1. Por renuncia del acreedor a cobrarlos

El acreedor puede renunciar al cobro de los intereses por vencer, produciéndose así una extinción autónoma del pago de intereses que constituiría una condonación.

Decimos autónoma porque el acreedor conserva el crédito por el capital.

8.2. Por pacto adelantado de las partes

Los sujetos de la obligación de dar intereses pueden convenir el no devengamiento de éstos, de modo que el derecho de cobro y el deber de pago se desvanecen.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.3. Por los medios de extinción de las obligaciones

Usualmente, la deuda de intereses se extingue por el pago. No obstante, dicha extinción puede producirse, tal como lo hemos señalado, mediante novación, compensación, condonación, consolidación, transacción o mutuo disenso.

8.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses

El recibo del capital que entrega el acreedor al deudor, en el que no se hace reserva alguna sobre los intereses impagos, extingue la obligación del deudor respecto de ellos, salvo prueba en contrario.

Se trata de un modo propio de extinción de los intereses.

Anotan Villegas y Schujman[1271], que la ausencia de toda salvedad en el recibo de pago del capital es una presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, otras opciones, entre ellas la del artículo 1232 del Código Civil peruano, consideran que la presunción es *iuris tantum*.

Así, mientras que el acreedor no pruebe que los intereses no le fueron pagados y que no ha estado en su ánimo liberar de esa deuda al deudor, habrá que admitir la extinción de los intereses. Aunque esa prueba es difícil —agregan los citados autores—, puede haber situaciones en las que se logre convencer al juez de la verdad de esos hechos.

8.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses

El devengamiento de intereses a través del tiempo importa, sobre el monto de la deuda, un constante acrecentamiento, el cual, con el transcurso del tiempo, puede resultar exorbitante para el deudor.

De este modo, si el acreedor no reclama el pago de los intereses dentro del plazo previsto por la ley, al prescribir la acción de cobro de éstos, se extinguiría la acción del acreedor para exigir el pago de la deuda de intereses.

Por ello, se afirma que por el transcurso del tiempo un deudor podría liberarse de una obligación. Esto no es otra cosa que la prescripción liberatoria o extintiva.

Por otra parte, según la regla del artículo 2001 del Código Civil peruano, las obligaciones personales prescriben a los diez años. En consecuencia, esta prescripción daría al deudor el derecho de plantear una excepción en el proceso que eventualmente su acreedor pueda entablarle para materializar el cobro de los intereses.

Resulta relevante preguntarse si la prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda por el capital, que se origina a los diez años, conlleva a la

1271 *Ibidem*, p. 127.

prescripción de la acción de cobro de los intereses que se han ido devengando durante esos diez años.

En nuestra opinión, la prescripción de la acción de cobro de la obligación principal no importa la prescripción de la acción de cobro de los intereses. Lo contrario supondría ignorar la autonomía y sustantividad propia que —a nuestro modo de ver— ostenta, una vez nacida, la deuda de intereses.

En otro sentido, la interrupción y suspensión de este tipo de prescripción se regulan, respectivamente, por lo señalado en los artículos 1994 y 1996 del Código Civil.

9. Tasas de interés

Un eslabón necesario en la cadena de exposición sobre el tema de los intereses es el relativo a la tasa del interés, razón por la cual le hemos dedicado algunas líneas.

9.1. Definición

Con anterioridad, hemos señalado que la cuestión de los intereses ha sido escasamente discutida en la literatura jurídica, fundamentalmente por su inevitable contenido económico y natural complejidad.

En la literatura económica ocurre algo semejante, pues los economistas han debatido, con mayor amplitud, cuestiones relativas a la tasa de interés antes que sobre el interés en sí. Sin embargo, en materia de tasas de interés no hemos encontrado posiciones unívocas, y es por ello que sobre el tema pueden esbozarse diversas definiciones, como anotamos a continuación.

El valor del dinero a través del tiempo corresponde al concepto de tasa de interés.

Así lo entiende también Avelino Sánchez[1272], quien señala que la tasa de interés es la relación del interés devengado al capital en la unidad de tiempo.

Alfredo Rodríguez[1273] indica que la tasa de interés es el precio de la mercancía dinero.

En cambio, los manuales de teoría económica keynesiana asumen que la tasa de interés es igual al costo de oportunidad del capital.

Otros autores insisten en estimar a la tasa de interés como uno de los patrones referenciales básicos que se consideran al analizar los beneficios y costos de un proyecto empresarial o gubernamental.

1272 Avelino Sánchez, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994, p. 7.

1273 Rodríguez, Alfredo. *Técnicas de organización bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980, p. 89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.3. Por los medios de extinción de las obligaciones

Usualmente, la deuda de intereses se extingue por el pago. No obstante, dicha extinción puede producirse, tal como lo hemos señalado, mediante novación, compensación, condonación, consolidación, transacción o mutuo disenso.

8.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses

El recibo del capital que entrega el acreedor al deudor, en el que no se hace reserva alguna sobre los intereses impagos, extingue la obligación del deudor respecto de ellos, salvo prueba en contrario.

Se trata de un modo propio de extinción de los intereses.

Anotan Villegas y Schujman[1271], que la ausencia de toda salvedad en el recibo de pago del capital es una presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, otras opciones, entre ellas la del artículo 1232 del Código Civil peruano, consideran que la presunción es *iuris tantum*.

Así, mientras que el acreedor no pruebe que los intereses no le fueron pagados y que no ha estado en su ánimo liberar de esa deuda al deudor, habrá que admitir la extinción de los intereses. Aunque esa prueba es difícil —agregan los citados autores—, puede haber situaciones en las que se logre convencer al juez de la verdad de esos hechos.

8.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses

El devengamiento de intereses a través del tiempo importa, sobre el monto de la deuda, un constante acrecentamiento, el cual, con el transcurso del tiempo, puede resultar exorbitante para el deudor.

De este modo, si el acreedor no reclama el pago de los intereses dentro del plazo previsto por la ley, al prescribir la acción de cobro de éstos, se extinguiría la acción del acreedor para exigir el pago de la deuda de intereses.

Por ello, se afirma que por el transcurso del tiempo un deudor podría liberarse de una obligación. Esto no es otra cosa que la prescripción liberatoria o extintiva.

Por otra parte, según la regla del artículo 2001 del Código Civil peruano, las obligaciones personales prescriben a los diez años. En consecuencia, esta prescripción daría al deudor el derecho de plantear una excepción en el proceso que eventualmente su acreedor pueda entablarle para materializar el cobro de los intereses.

Resulta relevante preguntarse si la prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda por el capital, que se origina a los diez años, conlleva a la

1271 *Ibidem*, p. 127.

prescripción de la acción de cobro de los intereses que se han ido devengando durante esos diez años.

En nuestra opinión, la prescripción de la acción de cobro de la obligación principal no importa la prescripción de la acción de cobro de los intereses. Lo contrario supondría ignorar la autonomía y sustantividad propia que —a nuestro modo de ver— ostenta, una vez nacida, la deuda de intereses.

En otro sentido, la interrupción y suspensión de este tipo de prescripción se regulan, respectivamente, por lo señalado en los artículos 1994 y 1996 del Código Civil.

9. Tasas de interés

Un eslabón necesario en la cadena de exposición sobre el tema de los intereses es el relativo a la tasa del interés, razón por la cual le hemos dedicado algunas líneas.

9.1. Definición

Con anterioridad, hemos señalado que la cuestión de los intereses ha sido escasamente discutida en la literatura jurídica, fundamentalmente por su inevitable contenido económico y natural complejidad.

En la literatura económica ocurre algo semejante, pues los economistas han debatido, con mayor amplitud, cuestiones relativas a la tasa de interés antes que sobre el interés en sí. Sin embargo, en materia de tasas de interés no hemos encontrado posiciones unívocas, y es por ello que sobre el tema pueden esbozarse diversas definiciones, como anotamos a continuación.

El valor del dinero a través del tiempo corresponde al concepto de tasa de interés.

Así lo entiende también Avelino Sánchez[1272], quien señala que la tasa de interés es la relación del interés devengado al capital en la unidad de tiempo.

Alfredo Rodríguez[1273] indica que la tasa de interés es el precio de la mercancía dinero.

En cambio, los manuales de teoría económica keynesiana asumen que la tasa de interés es igual al costo de oportunidad del capital.

Otros autores insisten en estimar a la tasa de interés como uno de los patrones referenciales básicos que se consideran al analizar los beneficios y costos de un proyecto empresarial o gubernamental.

1272 Avelino Sánchez, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994, p. 7.

1273 Rodríguez, Alfredo. *Técnicas de organización bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980, p. 89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.2. Clases

A continuación, presentamos los diversos tipos que las tasas de interés pueden adoptar.

9.2.1. Tasas máximas

La tasa de interés máxima es aquella tasa promedio que considera un riesgo abstracto, de modo que una vez traducido en el caso concreto, es posible de disminuir o aumentarse en relación al menor o mayor riesgo que importe la operación concreta de crédito.

9.2.2. Tasas referenciales

Las tasas referenciales son aquéllas que se toman en consideración en el proceso de fijación de la tasa de interés nacional, sobre todo en una economía de libre mercado y abierta al exterior.

Las tasas referenciales suelen ser las que paga y cobra la banca internacional.

Como sabemos, el grado de interdependencia de los mercados cada vez es mayor, lo que implica que los movimientos internacionales en el orden económico y, concretamente, en el financiero, incidan definitivamente en el mercado nacional.

Al respecto, Benedicto Cigüeñas[1274] estima que en una economía abierta como la peruana, con libertad absoluta para la entrada y salida de capitales, lo que se debe esperar es que la tasa de interés interna esté determinada, en buena medida, por la competencia internacional. Esto, en virtud a que los agentes económicos domésticos tienen la opción de obtener créditos del exterior y las entidades internacionales de otorgarles, sin restricciones ni controles, dichos créditos.

Villegas y Schujman[1275] señalan que en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia encontramos habitualmente alusiones a tasas de interés, utilizadas como referencia para comparar tasas que han sido cuestionadas. Este procedimiento en muchas oportunidades soslaya la previa definición y categorización del parámetro utilizado para el cotejo, y ello conlleva el riesgo ideológico de asimilar, para la comparación, tasas expresadas de manera diversa.

Por su parte, Alfredo Rodríguez[1276] anota que con las tasas de interés nos ocurre lo que con cualquier otro bien, para el que rigen en el mercado por diferencias de marca, calidad o cualquier otro motivo, distintos precios. Necesitamos tomar alguno como referencia, sea un promedio o el de alguna variedad representativa. En el caso de las tasas de interés, estas referencias suelen ser las tasas

1274 Cigüeñas, Benedicto. «Costo del crédito: mito que va desapareciendo». En *Revista Moneda*, n.º 70, año 5, abril 1994, p. 33.

1275 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 106.

1276 Rodríguez, Alfredo. *Op. cit.*, p. 55.

percibidas en operaciones entre bancos, las tasas que se aplican en operaciones activas, como las famosas *prime rate*.

Villegas y Schujman agregan al respecto que tales referencias pueden ser, en primer lugar, la tasa en operaciones de descuento, llamada tasa *libor*, la cual se calcula como la medida aritmética de las tasas para depósitos en eurodólares a seis meses de plazo, ofrecidas por bancos de primera línea en el mercado interbancario de Londres, dos días antes del periodo de intereses respecto de los cuales se calcula dicha tasa. Asimismo, en segundo lugar, tenemos a la *prime rate* o *minimun lending rate*, las que se aplican en operaciones activas, por lo general préstamos de riesgo reducido y descuentos de papeles de empresas de primera línea. En Estados Unidos se elaboran a diario sobre la base de las informaciones de los bancos de Nueva York. El equivalente en Inglaterra es la *minimun lending rate*.

9.2.3. Tasas preferenciales

Las tasas preferenciales son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía y tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores a los que se considere rezagados dentro del contexto global nacional.

9.2.4. Tasas en moneda nacional y moneda extranjera

La existencia de un mercado de dinero y de crédito con una base monetaria dual, una de moneda nacional y otra de moneda extranjera no es otra cosa que la manifestación de la particular realidad que nuestra economía presenta: su dolarización.

Por dolarización debe entenderse el proceso por el cual la moneda nacional ha sido desplazada por la extranjera —el dólar— en sus principales funciones, esto es, como medio de cambio, depósito de valor y unidad de cuenta.

Este fenómeno aparece en las economías que han sufrido traumas inflacionarios en los cuales los agentes económicos defendían el valor real de su riqueza financiera a través del atesoramiento de moneda extranjera.

De allí que, conforme señala Raúl Noriega[1277], en la economía peruana indudablemente un dólar norteamericano es tan líquido como un depósito bancario en moneda nacional. Es posible cambiarlo prácticamente en cualquier lugar de Lima, e incluso en muchos establecimientos comerciales es aceptado como medio de pago.

Es verdad, sin embargo, que este fenómeno de dolarización ha ido cediendo terreno en las últimas décadas dada la solidez de la economía peruana, la reducida inflación y la consiguiente estabilidad de la moneda nacional.

1277 Noriega, Raúl. «Teoría y política de tasas de interés». En *Revista Moneda*. n.º 3, septiembre de 1988, p. 24.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante ello, es cierto que un muy apreciable número de transacciones y un alto porcentaje de éstas se siguen realizando en dólares estadounidenses.

Resulta obvio, entonces, que el sistema bancario opere necesariamente en moneda nacional y moneda extranjera, fijando tasas de interés que recojan esta realidad.

Así, el tratamiento ofrecido a las tasas de interés es distinto según se trate de una operación realizada en moneda extranjera o en moneda nacional.

Una explicación mayor sobre dicho fenómeno económico escaparía al cometido de nuestro trabajo.

Son éstas, pues, las razones por las que se habla de una tasa de interés en moneda nacional y de otra en moneda extranjera.

En cambio, cuando el concepto de tasas de interés se relaciona con el rendimiento monetario de cualquier instrumento financiero, se suele distinguir entre:

9.2.5. Tasa nominal

La tasa nominal se refiere al pago directo efectuado en unidades nominales de moneda.

Es la tasa de interés básica que se nombra o declara en la operación, sin distinguir si ésta se cobra adelantada o vencida, si lleva comisiones o no y, en su caso, impuestos.

Al respecto, Rodríguez[1278] anota que la tasa nominal es la que, aplicada al importe del préstamo o depósito, permite obtener los intereses; concretamente, es la divulgada y convenida en los contratos.

De este modo, encontramos que una tasa de interés es nominal cuando no distingue si el pago de intereses debe efectuarse en términos vencidos o adelantados en los cálculos pertinentes a las diversas operaciones financieras.

9.2.6. Tasa de interés real

La tasa de interés real es aquélla que resulta de eliminar el efecto inflacionario de la tasa nominal.

Rodríguez[1279] agrega que si la tasa de interés nominal es mayor al aumento de precios, tenemos una tasa real positiva, vale decir, que le permite al depositante o al banquero recuperar una suma de dinero de poder adquisitivo mayor que la inicial. Lo contrario se conoce como tasa real negativa, que implica un beneficio para el tomador del crédito y un perjuicio para los depositantes.

1278 Rodríguez, Alfredo. *Op. cit.*, p. 96.
1279 *Idem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.2.7. Tasa de interés efectiva

La tasa de interés efectiva es aquélla que refleja el tiempo en que se pagan los intereses, impuestos, comisiones y cualquier otro tipo de gasto que incluya la operación financiera.

Cabe señalar que este tipo de tasa de interés incluye una capitalización de intereses, lo que pone de manifiesto el interés a obtenerse por una unidad de capital inicial en una unidad de tiempo, dependiendo de una tasa de interés nominal cuyo periodo de capitalización generalmente no es anual.

Por su parte, Avelino Sánchez[1280] señala que cuando el interés es convertible más de una vez en una unidad de tiempo, nos encontramos frente a una tasa de interés nominal. En cambio, una tasa de interés efectiva es aquélla que nos permite saber exactamente cuánto paga el deudor a su acreedor por concepto de intereses.

La tasa efectiva puede calcularse en dos formas: tasa de interés efectiva vencida o adelantada. La primera es la que se agrega al capital inicial para formar un monto dado al cabo de una unidad de tiempo. La segunda es lo que se deduce a cada unidad monetaria de monto final para calcular un capital inicial, es decir, el préstamo inicial no es de un capital final, al cual se le descuentan los intereses, sino un capital inicial, cuyo valor, incluidos los intereses, será el capital final.

9.2.8. Tasa de interés al rebatir

La tasa de interés al rebatir es una tasa simple que se cobra sobre los saldos de la deuda pendiente y se calcula según el plan de pago de cuotas decrecientes.

9.2.9. Tasa de interés proporcional

La tasa de interés proporcional es la que corresponde a diferentes fracciones de tiempo, generalmente periodos menores de un año, con los cuales es directamente proporcional.

9.2.10. Tasa de interés equivalente

Las tasas de interés son equivalentes cuando con periodos diferentes de conversión producen el mismo interés compuesto, al final de una unidad de tiempo dado.

9.2.11. Tasa de interés fija

La tasa de interés es fija cuando sobre el capital o crédito otorgado debe aplicarse un porcentaje preestablecido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1280 Avelino Sánchez, Esteban. *Op. cit.*, p. 11.

Este tipo de tasa de interés es propio en periodos de estabilidad económica o baja inflación, o cuando por lo menos se tiene certeza en el ritmo de evolución de los precios.

9.2.12. Tasa de interés flotante

La tasa de interés es flotante cuando una tasa fijada inicialmente se ajusta cada cierto tiempo, esto es, se indexa.

La indexación, señala Rodríguez[1281], está referida a la posibilidad que tiene, en este caso, la entidad financiera, para en lugar de modificar la tasa, ajustarla en la misma proporción en que varíe el índice que se ha tomado como referencia.

9.3. Importancia económica y jurídica

La aspiración de toda sociedad por alcanzar el desarrollo y crecimiento de su economía determina que su política económica promueva la inversión de capitales. Esta inversión, debemos señalar, se viabiliza, entre otros aspectos, con un cierto nivel que las tasas de interés del crédito bancario puede ostentar.

Por ello, se ha dicho que la creciente expansión del crédito, que significa un incremento en el financiamiento de la producción, es un factor esencial para enrumbar a un país en las rutas del crecimiento económico.

Así, el interés es un instrumento de política monetaria que incentiva u orienta el ahorro y la inversión, incrementa la productividad del capital o contrarresta las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores.

Al respecto, Villegas y Schujman[1282] consideran que la primera función de los intereses en una economía de mercado es la de establecer un equilibrio entre el consumo presente y el consumo futuro (ahorro).

Asimismo, señalan que el interés tiene diversas funciones en la economía, que pasamos a anotar:

(a) Los intereses establecen el equilibrio entre la oferta y la demanda de fondos prestables.

(b) Los intereses influyen en la política monetaria, incentivando o conteniendo el proceso económico.

(c) Los tipos de interés pueden influir en el volumen de ahorro y, en particular, puede observarse que con tipos de interés negativos se agudizan los procesos de desmonetización.

1281 Rodríguez, Alfredo. *Op. cit.*, p. 96.

1282 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 162.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(d) Los intereses distribuyen los fondos prestables entre los distintos usuarios, de manera que los ahorros escasos se distribuyen en aquellos proyectos de inversión cuya tasa de retorno sea mayor a los niveles de interés.

Con lo dicho hasta el momento, resulta evidente la importancia económica de las tasas de interés.

No obstante ello, permítasenos desarrollar brevemente los conceptos expresados.

9.3.1. Incidencia del interés en un proceso de crecimiento económico

Si partimos de la premisa de que el interés es un factor determinante en el gasto de la inversión, podemos sostener que la fijación de un nivel de tasas de interés tiene un efecto indirecto sobre el crecimiento económico de un país.

Rezan las teorías econometristas que el crecimiento de una economía se refleja en la tasa de producción bruta, en el proceso tecnológico, en la oferta de trabajo y en la del capital en la función de producción. Es justamente sobre esta última que el interés juega un papel preponderante: mejorar la disponibilidad del crédito e incidir en la tasa de inversión.

Esto es así porque el interés influye en el costo del crédito y en el precio de demanda de bienes de capital.

El interés, decíamos, es un factor determinante en el nivel del gasto de inversión, pues se halla entre los criterios a considerar en una decisión de tal naturaleza. Con esto no queremos expresar que un incremento de los tipos de interés reduciría necesariamente la cuantía de inversión, como un típico comportamiento de los hombres de negocios, ya que la mayoría de los cambios que afectan al interés son vistos como temporales por los inversionistas. Así, sus efectos no serán suficientes para inducir a la no inversión; sencillamente alterarían la periodicidad del gasto. Vale decir, no modifica la decisión de si hay que invertir, sino más bien aquélla referida a cuándo invertir.

De allí que pueda afirmarse que una inversión es rentable cuando el precio de los nuevos bienes de capital es menor que el valor actual de los rendimientos futuros esperados de estos bienes.

En la teoría económica keynesiana, la tasa de interés de la economía, determinada por la oferta y demanda de dinero, decide el nivel de inversión: «Los proyectos de inversión tienen una rentabilidad determinada, la cual se compara con la tasa de interés del mercado; si la rentabilidad del proyecto es mayor, éste se lleva a cabo. Si es menor, el proyecto no se ejecuta. Mientras menor sea la tasa de interés del mercado, mayor será el número de proyectos cuya ejecución resulte rentable y, por tanto, mayor será el nivel de inversión de la economía».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De otro lado, no es el interés monetario sino el tipo de interés propio, vale decir, aquél considerado por Keynes como la eficacia marginal de la tenencia de un activo, medida en términos del mismo activo, el que tiene relevancia frente a un proceso de crecimiento económico; así, un alza del interés estimula el crecimiento y un descenso de éste, lo desanima.

Finalmente, debemos anotar que el crecimiento económico origina mayor necesidad de recursos financieros, toda vez que las empresas recurren al crédito para la creación y financiamiento de sus actividades. Evidentemente, ello exige de un mercado de capitales que canalice, racionalmente, los recursos financieros internos. Esa nota de razonabilidad es posible mediante la fijación de ciertas tasas de interés.

9.3.2. Efecto inflacionario o antiinflacionario

Las tasas de interés, según el nivel en que puedan ubicarse —esto es: alto/positivo, bajo/negativo o nulo/cero— pueden configurarse en una de las causas que alimentan a la inflación de una economía o, todo lo contrario, pueden convertirse en un instrumento antiinflacionario.

En una economía donde el crédito al sector privado es importante en relación al Producto Bruto Interno (PBI), o donde la tasa de interés real fuera excesivamente alta, un alza en las tasas de interés tiene un impacto inflacionario y un efecto depresivo sobre los niveles de inversión.

Esto es así porque al financiar el crédito la cadena de producción y ventas, una elevación en las tasas de interés aumentaría los costos de financiamiento de las empresas, las cuales, en definitiva, trasladarán el impacto de dichos costos sobre los precios de sus productos.

Sin embargo, realmente ese incremento en los precios se da porque, en efecto, el impacto sobre los costos en el caso de un alza en la tasa de interés se refleja en el PBI, que tiende a crecer en esa proporción, ya que es necesario compensar a los acreedores.

Por otra parte, las tasas de interés cumplen una función antiinflacionaria cuando el dinero pierde su capacidad de compra o poder adquisitivo, vale decir, se deprecia.

Como resultado de la inflación, la gente tiende a deshacerse de su dinero, comprando activos reales o moneda extranjera, esto es, invirtiendo especulativamente, con lo que se aumenta el nivel de gasto de la economía.

Como es sabido, la inflación es un constante aumento en el nivel general de precios, principalmente por cuatro razones: un exceso de demanda, un exceso en los costos, un aumento desmedido en los niveles de demanda y costo, o una emisión inorgánica de dinero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, cuando se logra controlar las causas fundamentales de la inflación, el ajuste de tasas de interés se torna en una política efectiva en la lucha antiinflacionaria, toda vez que aquéllas tienen la capacidad de reducir la velocidad de circulación del dinero y el nivel del gasto que la pérdida del poder adquisitivo del dinero ha ocasionado.

Por ello puede hablarse de un papel antinflacionario de las tasas de interés. Dicho cometido se logra mediante un ajuste en el nivel de tasas, teniendo en cuenta la dinámica de precios, las variaciones del poder adquisitivo de la moneda y el costo del crédito, esto, a fin de ofrecer un tipo de interés que pueda contribuir realmente a reducir el proceso inflacionario de una economía.

De este modo, encontramos que cierto nivel de tasas de interés puede neutralizar los efectos corrosivos de la inflación, al disminuir la demanda de crédito y optimizar la asignación de recursos, haciendo más atractivos los instrumentos financieros internos, fomentando la entrada y evitando la salida de capitales. Ello, siempre que las tasas de interés ofrezcan un rendimiento real positivo, vale decir, que el tipo de interés sea superior a la tasa de inflación interna.

Para terminar con el tema, debemos señalar que el impacto del nivel de tasas de interés se extiende también al campo del Derecho, generando consecuencias jurídicas diversas, ya en el ámbito civil, ya en el ámbito penal. Así, por ejemplo, cualquier exceso sobre las tasas máximas de interés que las partes contratantes puedan acordar, otorga al deudor la facultad de optar por imputar al capital dicho exceso o solicitar al acreedor su devolución. Además, al cobro de intereses superiores al límite máximo fijado por ley se denomina usura.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interés compensatorio y moratorio

Artículo 1242.- El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

1. Fuentes nacionales del artículo 1242[1283]

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 particular en sus artículos 1265: «El interés es legal o convencional. Legal es el fijado por la ley para los casos en que no hay convención, el cual será de seis por ciento al año. El convencional es el estipulado por las partes y puede ser reclamado su pago con tal que no exceda el dos por ciento mensual»; y 1267: «El interés convencional debe fijarse por escrito, aunque la cantidad prestada sea menor de doscientos cincuenta pesos»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en su artículo 1819: «En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados; y los intereses serán los convenidos».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, trataba el tema en su artículo 2214: «En el mutuo puede estipularse que el interés se pagará en dinero, o en cosas fungibles»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema de la siguiente manera: «En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 regulaba la materia en su artículo 303: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1313: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo

1283 Los antecedentes nacionales del artículo 1242, así como los del resto de normas relativas al pago de intereses, en la generalidad de los casos, no se encuentran presentes ni en la ponencia de Jorge Vega García, ni en el Anteproyecto de Felipe Osterling Parodi, por cuanto en el proceso de elaboración del Código Civil de 1984, las normas sobre intereses, originalmente situadas en el contrato de mutuo, fueron luego transferidas al Libro de Derecho de Obligaciones.

el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1324: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no abordó el tema; al igual que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trató sobre el particular en su artículo 1262: «El interés es compensatorio cuando constituye el precio por el uso del dinero o de cualquier otro capital en especie.— Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, lo hacía en el artículo 1209: «El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.— Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago».

2. Análisis

El tema del pago de intereses, sin duda alguna, es uno de los de mayor trascendencia en las transacciones civiles, comerciales y financieras. Nuestra legislación, en reconocimiento a la importancia y características que permiten hablar de los intereses como una institución del Derecho de Obligaciones, ha incorporado dentro del ordenamiento privado una regulación especial sobre la materia.

De este modo, el Código Civil peruano de 1984 asigna un capítulo especial dentro de las normas del pago, en el Libro de las Obligaciones, a las reglas relativas a los intereses.

Es menester precisar que los preceptos del Código Civil sobre intereses únicamente se aplican a las operaciones de crédito y, en general, a los contratos celebrados entre los particulares, esto es, entre las personas naturales o jurídicas que no se encuentran dentro del sistema financiero.

La actual regulación de los intereses significa —en nuestra opinión— un avance legislativo respecto del tratamiento que el Código Civil de 1936 brindó al tema que nos ocupa. Dicho texto legal reguló en forma inconexa, asistemática y dispersa el pago de intereses, al consignar en algunos pocos artículos las normas que debían regir tan importante materia.

El Código Civil de 1936 trataba el pago de intereses con mayor atención en el contrato de mutuo, en el que se refería al anatocismo. Ello constituía —a nuestro modo de ver— un error conceptual, no sólo porque el contrato de mutuo es,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por naturaleza pero no por esencia, oneroso (esto es, que perfectamente puede ser a título gratuito), sino porque no es el único acto jurídico en el que puede devengarse el pago de intereses.

El régimen de los intereses se inicia en el Código Civil peruano de 1984 con el artículo 1242, que define a las dos clases del interés convencional, esto es, a los intereses compensatorios y moratorios.

Al respecto, Mauricio Olaya Nohra[1284] señala que la incorporación de los intereses dentro del esquema del pago permite el establecimiento de una retribución en favor del acreedor, derivada del uso que éste permite realizar al deudor de un dinero o bien que se encuentra obligado a entregarle. Estos intereses son conocidos como compensatorios.

Agrega el citado autor que la incorporación de los intereses dentro del esquema del retraso en el pago permite establecer una sanción contra el deudor que, injustificadamente, incumple con realizar el que le corresponde en la fecha establecida con su acreedor. Estos intereses son conocidos como moratorios.

Por su parte, Fernández Cruz[1285] considera que el artículo 1242 del Código Civil no define la noción de interés; y opta más bien por definir, en atención a la finalidad que los intereses persiguen, las clases que éstos últimos indistintamente pueden adoptar.

Es claro que el Código Civil peruano define dichas clases de interés en función de su finalidad. Así, con arreglo al primer apartado del artículo 1242, el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y, de acuerdo con el parágrafo segundo del mismo precepto, es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

En cuanto a la definición del interés compensatorio que el precepto legal peruano establece, Fernández manifiesta su discrepancia. Expresa, en primer lugar, que la finalidad perseguida a través de esta clase de interés es la de obtener ganancia o lucro y no una mera retribución o pago compensatorio.

De otro lado, anota el citado autor que al considerar el artículo 1242 del Código Civil al dinero como bien, esto conlleva a ignorar o confundir las funciones de aquél con su naturaleza jurídica, aun cuando resulte difícil adscribirse en torno a esta última noción.

En opinión nuestra, al establecer el Código Civil peruano que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, está determinando la necesidad de formular algunas precisiones.

1284 Olaya Nohra, Mauricio. «El régimen de intereses en el Perú». En diario oficial *El Peruano*. Sección Economía y Derecho, de fecha 16 de agosto de 1994.

1285 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 179.

Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria, deuda no pecuniaria o de valor. Por ello, correspondía ubicar a los artículos 1242 a 1250 inclusive, referidos al pago de intereses, en el Título del Pago, en el Libro de las Obligaciones, tal como lo hace el Código Civil vigente.

De este modo, ni la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de intereses.

Al respecto, Von Böhm-Bawerk, citado por Fernández Cruz[1286], señala que todo capital puede producir un interés, cualesquiera que sean las clases de bienes que lo formen, ya se trate de bienes fructíferos por naturaleza o de bienes estériles, de bienes consumibles o inconsumibles, de bienes fungibles o de bienes no fungibles, de dinero o de mercancías.

Busso[1287], por su parte, sostiene que el interés presupone una obligación de capital, del que representa el rendimiento.

Según Fernández, es posible concebir una prestación accesoria, que represente siempre el rendimiento de esos bienes tomados como capital, independientemente de la finalidad que persigan: lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción al acreedor de la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital.

De este modo, Fernández Cruz es de la opinión que al calificar el Código Civil, en el artículo 1242, a los intereses compensatorios debió establecer que éstos se deben en calidad de contraprestación por el uso y disfrute de cualquier capital.

Ello en virtud de que el interés, en opinión del citado profesor, constituye el rendimiento de un capital.

En este orden de ideas, resulta necesario precisar los conceptos de bien, dinero y capital, respectivamente.

Guillermo Cabanellas[1288] señala que bien es todo aquello que compone la hacienda, el caudal, la riqueza o el patrimonio de las personas.

En la doctrina no existe unanimidad de criterios respecto a lo que se entiende por bienes. Sin embargo, nosotros hemos adoptado aquella teoría por la cual se comprende dentro de dicho concepto a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes incorporales).

El dinero es un medio de cambio, desde el punto de vista económico, y un medio de pago, jurídicamente hablando.

1286 *Ibidem*, p. 201.

1287 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 273.

1288 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. 15.ª edición. Buenos Aires: Heliasta, 1982, tomo VI, p. 117.

En nuestra opinión, cuando de la noción del dinero se trata, es preciso hacer una distinción conceptual de los términos dinero y moneda, toda vez que ésta última es sólo una de las formas que el dinero puede revestir.

Al respecto, Villegas y Schujman[1289] señalan que los distintos pueblos, a través de su historia, han utilizado los más diversos elementos como dinero. Así, se usó el dinero ornamental (conchas caurí en África y territorios del Océano Indico hasta el corazón de Asia; cuentas de vidrio, ámbar, coral, colmillos de marfil, etcétera). Dinero utilitario (trigo, ganado, esclavos, aguardiente, armas, etcétera). Dinero indumentario (pieles, cueros, tejidos, etcétera). Dinero signo (fichas de juego, en Indochina; trozos de piel, en Rusia, etcétera). Los metales nobles, primero fundidos y después acuñados, etcétera.

En el siglo VII a.C., el dinero apareció en forma de moneda, siendo las más antiguas las de Lidia, en Persia. Así, del metal acuñado se pasó al papel moneda, y de éste último al dinero electrónico, el cual —constituido por depósitos bancarios— es movilizado a través de tarjetas magnéticas, transferencias telefónicas o por Internet o con el medio —hoy más rudimentario— llamado cheque.

A decir de Fernández[1290], el dinero no puede reducirse a la categoría de bien mueble de naturaleza fungible, pues ello lleva erróneamente a identificar los conceptos de moneda y dinero.

En este contexto, resulta sumamente interesante preguntarnos si la productividad que caracteriza al dinero explica la producción de intereses en una obligación dineraria o pecuniaria.

A nuestro modo de ver, el devengamiento de intereses opera en virtud de un mandato legal o del acuerdo de partes, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier clase de obligación. No importa el objeto de su prestación, toda vez que el interés puede generarse del dinero, capital o cualquier otro bien, independientemente de la productividad o improductividad de éstos.

En opinión de Fernández Cruz[1291], la afirmación de que el dinero es esencialmente productivo, pudiendo generar intereses *per se*, determina la falsa creencia de que el dinero es un bien fungible, fructífero por esencia. Agrega el citado autor que no es el signo monetario como bien, sino el valor dinerario que representa el que genera intereses. Ello es así porque el dinero en el Derecho cumple distintas funciones de las que originalmente estaba destinado a cumplir, esto es, la de servir como:

- Unidad de cuenta.

1289 VILLEGAS, Carlos y Mario SCHUJMAN. *Op. cit.*, p. 10.

1290 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 203.

1291 *Idem.*

- Instrumento de cambio.
- Medida de valor.
- Reserva.
- Depósito de valor.
- Medio de pago.

Hernández Gil, citado por Fernández, sostiene que en el Derecho de Obligaciones el dinero se desempeña:

- Como precio, cuando se debe en razón de la transmisión de la propiedad de un bien.
- Como renta, cuando se debe en razón del uso y disfrute de un bien.
- Como interés, cuando se debe en razón a la función de valor y cambio del dinero.
- Como retribución, cuando se debe en calidad de contraprestación de una prestación de hacer.
- Como indemnización, cuando se debe en razón a la función valorativa del *quantum* del daño.
- Como abono de gastos.

Por otra parte, tenemos que Hermann, también citado por Gastón Fernández, define al capital como el patrimonio que ofrece constantemente su utilidad a las necesidades del hombre como un bien continuamente nuevo, sin que merme nada su valor de cambio.

A decir de Mesa, citado por Busso[1292], se entiende por capital, en sentido jurídico, la suma de dinero o cualquier otra cantidad de cosas fungibles, por la cual una persona es acreedora con relación a quien debe los intereses como compensación del uso de esa suma o cantidad.

Bajo esta óptica, Busso[1293] sostiene que el capital al cual el interés corresponde debe consistir —en la opinión más difundida— en dinero u otras cosas fungibles.

Agrega el citado autor que en casos especiales también una deuda de cuerpo cierto puede jurídicamente actuar como capital a los efectos de devengar intereses a cargo del obligado. Sería el caso, por ejemplo, que se entregara a una persona una cosa determinada para que la vendiera y retuviera el precio a título de mutuo. Similar sería el caso del depositario que usó indebidamente de la cosa que le fuere confiada.

1292 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 273.
1293 *Ibidem*, p. 274.

Ahora bien, luego de haber anotado algunas de las cuestiones preliminares al tema del interés convencional compensatorio y moratorio, nos avocaremos al estudio de dichos tipos de interés.

En relación al interés convencional compensatorio, debemos señalar que en la doctrina no existe un criterio unívoco en cuanto a su denominación.

Expresa Salvat[1294] que a los intereses compensatorios se les llama también intereses lucrativos, calificativo que se ajusta a la finalidad que explica su existencia y sortea más con la crítica de que los intereses moratorios son también compensatorios.

En opinión de Cárdenas Quirós[1295], es preferible referirse a intereses retributivos, ya que esta expresión refleja con mayor claridad la naturaleza de este tipo de interés: la retribución debida por el uso del dinero o de cualquier otro capital. Agrega el citado autor que la denominación de interés compensatorio debería —en todo caso— circunscribirse al supuesto en el que se acordó a favor del acreedor una suma mayor como indemnización del daño ulterior, esto es, en la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil peruano.

De otro lado, debemos señalar que el interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada para su uso. Por ello se ha dicho que los intereses compensatorios cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno.

Al respecto, Villegas y Schujman[1296] sostienen que el interés compensatorio cumple ciertas funciones jurídicas, entre las cuales destacan las siguientes:

(a) Lucro

Es claro que el interés compensatorio se desprende del capital, a fin de proporcionar un lucro, beneficio o ganancia al acreedor, razón por la cual no ahondan en el desarrollo de esta función.

(b) Defensa contra la depreciación monetaria

Expresan los referidos autores que la jurisprudencia argentina ha reconocido que en época de inflación la tasa de interés se descompone en una cuota o porción que corresponde al interés puro o neto, destinado a retribuir el uso del capital, y la otra cuota o porción complementaria se destina a cubrir los distintos riesgos que el acreedor asume, entre los cuales cuenta principalmente una adecuada cobertura

1294 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 421.

1295 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 245.

1296 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

para contrarrestar la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda, de tal modo que su acumulación redunda en una recomposición del capital.

En cuanto a la procedencia del ajuste del capital, Uribe Restrepo[1297] señala que la petición de intereses y la de reajuste son compatibles y acumulables.

Al respecto, debemos señalar que sobre un capital ajustado en su monto, mediante alguna cláusula de estabilización, procede el devengamiento de intereses. Ello en virtud a que al sistema de reajuste de deudas y al pago de intereses le asisten finalidades distintas.

(c) Prima del riesgo

Anotan Villegas y Schujman[1298] que el crédito es el cambio de un bien presente por un bien futuro. El cumplimiento del deudor está diferido en el tiempo; por ello, el acreedor evalúa el «riesgo del crédito» y una parte de la tasa que mide el interés se destina a cubrirlo.

Ahora bien, en lo referente al devengamiento del interés convencional compensatorio, debemos señalar que para que este tipo de interés se genere es necesario que se haya pactado, sea al momento de contraerse la obligación o posteriormente.

Tal interés podrá devengarse a partir de la fecha convenida por las partes o, en su defecto, desde que se contrajo la obligación hasta el día del pago.

Al respecto, sostiene Cárdenas[1299] que una excepción a la regla que acabamos de señalar la constituye el artículo 1663 del Código Civil peruano, según el cual el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. Por lo tanto, para que el mutuatario no se encuentre obligado al pago de intereses compensatorios deberá acordarlo en forma expresa con el mutuante.

Lafaille[1300], por su parte, expresa que al orden civil atañe observar si es todavía posible contratar el préstamo sin rédito alguno y privado de todo beneficio. Semejante figura es una excepción en el mundo de los negocios, y muy en particular por lo que hace al dinero.

De igual manera opinan Villegas y Schujman[1301], al señalar que en virtud a una interpretación *contrario sensu* del artículo 621 del Código Civil argentino (de 1871) los intereses compensatorios no se presumen.

De este modo, para poder demandar el interés compensatorio es necesario probar que fue convenido en forma expresa.

1297 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 153 y ss.
1298 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 111.
1299 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 247.
1300 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, p. 160.
1301 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 118.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De otro lado, señala Busso[1302] que cuando los intereses compensatorios son objeto de acuerdo entre las partes, la misma convención deberá establecer el tiempo durante el cual rigen, y a falta de toda previsión debe entenderse que el interés se paga durante todo el tiempo en que el deudor haya tenido a su disposición el capital cuyo rendimiento representa.

De otro lado, en las siguientes líneas abordamos el tema relativo al vencimiento del interés convencional compensatorio, vale decir, desde qué momento es exigible al deudor este tipo de interés.

Conforme señala Busso[1303], tratándose de rentas constituidas por contratos, lo usual es que se fije una fecha determinada, repetida, sucesiva y periódica (trimestres, semestres, años, etcétera). En esa fecha vencerán los intereses devengados en el periodo inmediatamente anterior (pago atrasado o posnumerando), o los intereses aún no devengados (pago adelantado o prenumerando).

Expresa Busso que si se estipula el vencimiento y pago de los intereses por periodos adelantados, no implica que constituyan desde ese momento en el patrimonio del acreedor un bien adquirido definitivamente. Si el crédito se extinguiera antes de transcurrir íntegramente el periodo, correspondería una devolución proporcional de los intereses que no han llegado a devengarse. El pago anticipado carecería parcialmente de causa por no haberse realizado íntegramente aquélla que se tuvo en cuenta al efectuarlo.

Ahora debemos abocarnos al estudio del interés convencional moratorio, el que, a decir verdad, se constituye como la clase de interés convencional que mayores cuestionamientos y polémicas suscita.

El Código Civil de 1984, a diferencia del Código anterior, distingue el interés moratorio del compensatorio y le señala una función distinta en las relaciones contractuales.

El interés convencional compensatorio proporciona al acreedor un lucro, un beneficio o ganancia y una compensación por el uso de un capital.

El interés moratorio, en cambio, repara los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago pudiese causar.

Bajo esta perspectiva, el Código Civil peruano, conforme consigna el segundo apartado del artículo 1242, establece que el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Los intereses moratorios son, entonces, aquéllos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.

1302 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 277.
1303 *Idem.*

Sostiene Llambías[1304] que los intereses moratorios constituyen una sanción que merece el retardo del deudor.

Por su parte, Salvat[1305] señala que los intereses moratorios son aquéllos que el deudor puede deber por retener un capital después de la fecha en que debía devolverlo. Agrega el citado autor, que los intereses son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora, o sea, establecen al respecto una cláusula penal.

Expresa Busso[1306], a su turno, que los intereses moratorios son aquéllos puestos a cargo del deudor en razón del retardo incurrido en el cumplimiento de la obligación pecuniaria. Precisa Busso, además, que los intereses moratorios no son una indemnización sustitutiva de incumplimiento total, sino una reparación integrativa en razón del incumplimiento tardío, que, en cierta medida, es una forma de incumplimiento.

A decir de Villegas y Schujman[1307], los intereses moratorios son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso en que se ha incurrido (mora, cuando cumple tardíamente una obligación dineraria o no la cumple). Agregan los referidos autores que son una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el cumplimiento tardío del deudor o su incumplimiento.

Por otra parte, cabe señalar que este tipo de interés es indistintamente denominado por la doctrina como interés punitorio, moratorio o indemnizatorio. Esta última denominación obedece al reconocimiento de la naturaleza indemnizatoria de esta clase de intereses.

Héctor Lafaille[1308] distingue los intereses moratorios de los punitorios y señala que los primeros son aquéllos que se adeudan a consecuencia de retener el capital después del momento en que debió ser restituido, mientras que los intereses punitorios son debidos a una cláusula penal con que suele agravarse el retardo prolongado.

Llambías[1309] sostiene que tal distinción no es aceptable, pues a lo sumo podrá decirse que los intereses punitorios son una especie de los intereses convencionales moratorios, los que por definición constituyen una cláusula penal moratoria.

De otro lado, ante la estrecha relación entre los intereses moratorios y la mora, consideramos necesario anotar algunas generalidades sobre esta última noción.

1304 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 216.
1305 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 421.
1306 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 267.
1307 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 135.
1308 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, p. 161.
1309 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 223.

ESTUDIO MARIO CASTILLO TREVRE

Expresa Bevilaqua, citado por Jorge Eugenio Castañeda[1310], que la mora es el retardo en la ejecución de la obligación. Si es por culpa del deudor, se dice que la mora es *solvendi*; si es por acto del acreedor, se denomina *accipiendi*.

Enseña Castañeda que la mora del deudor viene a ser, en última instancia, un caso de inejecución, ya que no se cumple con la obligación en el tiempo prefijado. Y aunque la obligación fuese cumplida, es obvio que el retardo ha producido daños y perjuicios.

Elemento esencial de la mora es la posibilidad del cumplimiento tardío. Por ello, la mora difiere del incumplimiento absoluto. En este último caso, la obligación jamás será cumplida.

La mora —como es sabido— debe provenir siempre de dolo o culpa, a fin de que exista la obligación de indemnizar. En efecto, producido el retraso sin culpa o dolo del deudor, éste, en tanto pruebe que se debió a caso fortuito o fuerza mayor o a algún supuesto de simple ausencia de culpa, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida, no será responsable de los daños y perjuicios que dicho retardo hubiere ocasionado al acreedor.

Debe aclararse además que la mora, conforme a la ley peruana, usualmente precisa de una condición formal: la interpelación. Se requiere pues que el deudor sea interpelado, es decir, compelido al cumplimiento de la prestación. En otras palabras, salvo las excepciones previstas por la ley, hay que exigir el pago para constituir en mora.

Ahora bien, la interpelación puede ser extrajudicial o judicial, de modo que el deudor puede quedar incurso en mora aunque no haya sido demandado en juicio.

Planiol, Ripert y Esmein, citados por Castañeda[1311], afirman que hasta el momento en que el deudor no haya recibido reclamación alguna de su acreedor, puede haber creído que éste no necesitaba el cumplimiento inmediato, aun cuando hubiese pactado un plazo para dicho cumplimiento. El silencio del acreedor importa, por tanto, una prórroga tácita del plazo pactado.

En palabras de Castañeda, mientras no se interpele al deudor, el acreedor está autorizando tácitamente al deudor a que postergue el cumplimiento de su obligación, presumiéndose que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

En este orden de ideas, es menester señalar que el pago de los intereses moratorios constituye la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Adicionalmente, debemos mencionar que en el caso de haberse pactado la indemnización del daño ulterior, conforme a lo previsto por el artículo 1324 del Código Civil, corresponde al

1310 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 90.
1311 *Ibidem*, p. 96.

acreedor demostrar haberlo sufrido, en cuyo caso, además de recibir los intereses moratorios correspondientes, tendrá derecho al pago de una indemnización adicional que va a cubrir la integridad de los daños y perjuicios ocasionados por efectos de la mora.

A entender de Uribe Restrepo[1312], la indemnización principal que se deriva del incumplimiento de una obligación pecuniaria, la única, es precisamente la del pago de los intereses moratorios. Frente al incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, o de dar cosas distintas de dinero, los intereses constituyen una indemnización suplementaria.

En este sentido, expresa Busso[1313] que los intereses moratorios reemplazan, en principio, a las pérdidas e intereses que corresponden a las obligaciones no pecuniarias.

A decir de René Padilla, citado por Cárdenas[1314], los intereses moratorios tienen una doble función, a saber: una función indemnizatoria y una compulsiva.

La función indemnizatoria importa una liquidación convencional por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor, mientras que en la función compulsiva aflora su carácter represivo e incita al cumplimiento exacto de la prestación debida, ante el temor de que el deudor pueda sufrir la pena.

Laurent[1315], por su parte, se ocupa de establecer la diferencia entre los intereses moratorios y la indemnización por daños y perjuicios, señalando lo que anotamos a continuación:

- La cuantía de los intereses moratorios se fija por acuerdo de partes —sujetando lo pactado a los límites señalados en dicho cobro— o por la ley.
- La indemnización, en cambio, tiene una cuantía esencialmente variable, pues ésta se determina en razón del daño que pruebe el acreedor.
- En la indemnización existe una relación entre la inejecución de la obligación y el daño que el acreedor prueba. De esta manera, el juez y la misma ley pueden determinar de una forma más certera cuál es el daño sufrido por el acreedor, sea por la inejecución o por el retardo en la ejecución de la obligación debida.

  Mientras que en las obligaciones de dar una suma de dinero, al ser este último un medio universal de cambio, no puede conocerse a ciencia cierta con qué interés contrajo el acreedor dicha obligación, para luego concluir en la pérdida

1312 Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 152.
1313 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 290.
1314 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 250.
1315 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, pp. 364 y ss.

que le ha significado la mora del deudor. No hay, por lo tanto, alguna relación entre la inejecución de la obligación y la pérdida que ésta ocasiona al acreedor.

- La buena o mala fe del deudor no incide en la cuantía de los intereses moratorios debidos; en cambio, la cuantía de la indemnización podría variar según se trate de un incumplimiento doloso o culposo, de mala o buena fe.

En cuanto a la diferencia existente entre los intereses moratorios y los daños y perjuicios, Busso[1316] sostiene que, en principio, en las obligaciones de dar, hacer o no hacer puede plantearse una situación de incumplimiento, en cuyo caso, no siendo posible la ejecución en especie de la prestación debida, ésta es reemplazada por una suma de dinero, que corresponde a su valor (daños y perjuicios compensatorios). Tal reducción no es posible en las obligaciones pecuniarias, ya que el objeto principal ha quedado desde el comienzo expresado en dinero y, por lo tanto, el pago nunca puede ser imposible o inconveniente por circunstancias que se refieran a la prestación misma.

Variando de tema, y en relación a si en el supuesto de mora debitoria puede o no el acreedor exigir una indemnización adicional al pago de los intereses moratorios, debemos señalar que no existe un criterio legal y doctrinario uniforme.

En nuestro ordenamiento jurídico, como lo hemos expresado, la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que la mora en el pago cause al acreedor se limita a los intereses moratorios, salvo el pacto de daño ulterior.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil admite la posibilidad de que las partes estipulen una indemnización por daño ulterior, obligación que coexistirá con los intereses moratorios que se hubiesen pactado o, en defecto de éstos, con el interés legal.

Debe precisarse que la existencia del daño ulterior, así como su cuantía, tendrán que ser probados por el acreedor; a diferencia del interés moratorio, al que está obligado el deudor, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daños y perjuicios por la mora en el pago, ni su monto.

Anota Llambías[1317] que en la legislación argentina los intereses moratorios son considerados como un límite de la responsabilidad del deudor, de modo que, en principio, la extensión del resarcimiento a cargo del deudor moroso se limita al monto de los intereses legales o convenidos.

En opinión de Bibiloni, citado por Llambías[1318], el acreedor no puede afirmar que tiene derecho a una mayor indemnización, desde que con ella puede obtener

1316 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 294.
1317 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 220.
1318 *Idem.*

el dinero que no se le entregó. Y si no tiene crédito, no es ése un hecho imputable a su deudor.

Al respecto, señala Llambías[1319] que privado el acreedor del goce de su capital, a causa de la mora del deudor, siempre podría recurrir a un tercero y solicitarle en préstamo un capital equivalente al suyo; cuando el deudor, finalmente, paga la deuda, puede el acreedor, a su vez, restituir el préstamo recibido del tercero, con lo cual el efecto del daño soportado por el acreedor consistirá en los intereses pagados por él al tercero.

Los argumentos a favor de la tesis expuesta son los que anotamos seguidamente.

No puede el acreedor reclamar un resarcimiento adicional que exceda a los intereses moratorios convenidos en tanto que el pacto de intereses moratorios, al asimilarse a una cláusula penal, impone prescindir del concreto daño sufrido por el acreedor, para estar al monto de los intereses fijados. Parece irrebatible que mediando ese pacto, por congruencia de solución con la cláusula penal, no pueda el acreedor pretender una indemnización suplementaria.

De otro lado, no siendo aplicables a las obligaciones pecuniarias los preceptos relativos a daños y perjuicios provenientes de la inejecución de las obligaciones en general, aquéllas quedan sujetas a la norma que no autoriza expresamente al cómputo de un renglón resarcitorio distinto de los intereses.

Por consiguiente, la función resarcitoria que la indemnización de daños y perjuicios cumple con respecto a las obligaciones en general es desempeñada con respecto a las obligaciones de dinero, por los intereses.

Al respecto, es pertinente señalar que la jurisprudencia nacional, a través de la Casación n.º 2502-99-Lima, de fecha 13 de enero de 2000, ha determinado que no corresponde solicitar daños y perjuicios cuando se han pactado intereses compensatorios, «*Décimo Quinto.* En relación con la errónea interpretación del artículo 1242 del Código Civil, que ha servido de sustento a la sentencia para señalar una indemnización de daños y perjuicios, hay que tener en consideración que el petitorio de la demanda está referido al cobro de una deuda como consecuencia de la entrega de una segunda máquina a que se refiere el proceso, así como los intereses moratorios devengados y se reclama también el pago de una indemnización de daños y perjuicios. *Décimo Sexto.* Como se reclama intereses por no haberse pagado el precio de la segunda compraventa, el artículo 1242 del Código Civil dispone que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. *Décimo Sétimo.* Por ello cuando se ordena al pago del capital e intereses, ya no cabe señalar además una indemnización de daños y perjuicios, porque el interés constituye la contraprestación por el uso del

1319 *Idem.*

dinero. *Décimo Octavo.* Resulta así interpretado erróneamente el artículo 1242 del Código Civil, siendo la interpretación correcta de dicha norma que constituyendo los intereses compensatorios la contraprestación por el uso del dinero o de un bien, ya no cabe señalar además en esos casos el pago de daños y perjuicios».[1320]

En el Derecho francés, en cambio, según la modificación que la Ley del 9 de abril de 1990 introdujo al artículo 1153 del Código Napoleón, para el supuesto de mora debitoria, el deudor podría verse obligado al pago no sólo de intereses moratorios, sino también al pago de una indemnización adicional por los daños y perjuicios que la mora en el cumplimiento de la prestación debida hubiere causado al acreedor.

La modificatoria de la parte final del artículo 1153 del Código Civil francés establece que: «El acreedor al cual su deudor en mora ha causado, por su mala fe, un perjuicio independiente del retardo, puede obtener daños e intereses (perjuicios) distintos de los intereses moratorios del crédito».

Expresa Laurent[1321] que si bien las obligaciones de dar sumas de dinero tienen un tratamiento especial en el supuesto de mora, esto no significa que el acreedor de aquéllas se vea privado de demandar una indemnización de daños y perjuicios, ya que —a decir verdad— la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios no es incompatible con aquella regulada por el Derecho común.

Anota Busso[1322], por su parte, que los autores franceses se preguntan si los contratantes, previendo un daño especial y determinado, podrían convenir en una indemnización a cargo del deudor, mayor que la representada por el pago de los intereses moratorios. Duranton, uno de los primeros en plantear el caso, propone el siguiente ejemplo: si yo he estipulado que tú me pagarás una suma en una época determinada, y te hice saber que necesito esa suma, a fin de poder ejercer una facultad de opción cuya pérdida me representaría un grave quebranto, ¿sería lícito que en la obligación que tú contraes hacia mí se estipulara una pena especial mayor que la tasa ordinaria del interés?

Un sector de la doctrina acepta la validez de tal cláusula, considerando que ella no importa, bajo ningún concepto, una usura disimulada, sino que es la garantía de un peligro que el acreedor corre, pues en ninguna forma podría ser ilícito que tome precauciones para su seguridad, y la indemnización que se estipule tiene causa suficiente, ya que no corresponde a la privación del capital sino al daño especial que las partes tuvieron en cuenta.

En el caso del Derecho peruano, tal como antes hemos referido, existe la norma consignada en el parágrafo segundo del artículo 1324, que al prever el

1320 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 927. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1321 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvi, p. 370.
1322 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo iv, p. 296.

pago de una indemnización adicional y distinta a los intereses moratorios, determina que sean lícitas las estipulaciones que las partes convengan en este sentido, siempre y cuando —para evitar la cobranza de intereses usurarios— el acreedor pruebe la existencia y cuantía del daño no resarcido por tales intereses moratorios.

Más aún, también es claro, conforme a la ley civil peruana, que para exigir el pago de intereses moratorios no se precisa demostrar el dolo o la culpa del deudor, ya que la presunción del artículo 1329 del Código Civil determina el actuar culposo del deudor, salvo prueba en contrario. De este modo, luego de constituido en mora el deudor, los intereses moratorios operan automáticamente. Caso distinto, sin duda, es el de la reparación del daño ulterior, pues allí se precisa que el acreedor pruebe los daños sufridos, aunque el deudor podrá eximirse de su pago, como sucede en la hipótesis anterior, si demuestra causa no imputable para la inejecución de la obligación.

Debemos señalar que la negativa a admitir el resarcimiento del daño mayor, posiblemente se debe a cierta confusión entre los intereses moratorios y la cláusula penal.

A nuestro modo de ver, si bien ambas figuras presentan caracteres semejantes, éstos sólo permiten sostener una afinidad mas no una identidad entre las dos instituciones. Efectuamos tal aseveración por existir entre ellas diferencias en cuanto a su naturaleza, regulación y efectos.

Busso[1323] sostiene que los intereses moratorios pueden ser asimilados a la cláusula penal, pero existen entre una y otra figura jurídica diferencias en lo relativo a las condiciones de devengamiento.

Por otra parte, según el propio Busso, es un punto debatido el de saber si en caso de dolo o mala fe, la responsabilidad del deudor de obligaciones pecuniarias puede ser mayor que la representada por los intereses moratorios.

Una primera tesis entiende que, si el acreedor ha sufrido, a consecuencia de la culpa del deudor —culpa grave, equivalente al dolo—, un perjuicio distinto al constituido por el retardo mismo tiene derecho a obtener una reparación independiente de los daños e intereses moratorios devengados por el retraso.

Otros autores, en cambio, opinan que en materia de obligaciones pecuniarias los intereses moratorios son, en todos los casos, la única indemnización procedente. El dolo del deudor no debía determinar un agravamiento de la responsabilidad a su cargo.

Bibiloni, citado por Busso, impugna la conveniencia de que se agrave la responsabilidad del deudor de mala fe, señalando que no es posible distinguir entre daños derivados de la mora y daños de inejecución por otras causas, porque al

1323 *Ibidem*, p. 295.

decir «daños de la mora» se ha dicho todo. En las obligaciones de dinero, los intereses moratorios corresponden a los daños que son consecuencia directa e inmediata de la inejecución, únicos indemnizables.

En opinión de Busso, sin embargo, es justo y razonable agravar la responsabilidad del deudor que ha obrado con dolo o mala fe.

A decir de Llambías[1324], el principio que limita la responsabilidad del deudor a la deuda de los intereses moratorios no es absoluto. Presenta varias excepciones, a saber:

- Cuando media convención que autoriza el resarcimiento del daño mayor que no queda cubierto con los intereses.
- Cuando la ley lo decide así, en casos concretos determinados.
- Cuando el deudor actúa con dolo en la inejecución de la obligación.

Por otra parte, un tema que suscita polémica es el referido al devengamiento de los intereses moratorios.

La doctrina señala que para que los intereses empiecen a correr, es menester que se trate de una deuda cierta, líquida y exigible.

A entender de Busso[1325], una deuda es cierta cuando sobre su existencia no se presentan dudas legítimas.

La posibilidad de que un crédito pueda ser impugnado no es suficiente para afirmar que falta deuda cierta del obligado, pues —según señala dicho autor— el requisito de la certidumbre de la deuda, en cuanto a hacer correr intereses moratorios, debe ser referido al conocimiento que el deudor tuviera, o debiera tener, sobre la existencia y legitimidad de la obligación. Si inculpablemente la ignoraba, o si de buena fe pudo considerar que tenía motivos justificados para impugnarla, no se le debe condenar al pago de intereses moratorios, pues éstos constituyen la sanción de un incumplimiento voluntario y culpable.

Es punto debatido el saber si la liquidez de la deuda es requisito para que el deudor esté obligado al pago de intereses moratorios.

Llambías anota que durante algún tiempo se pensó que sólo las deudas líquidas devengaban intereses de esta clase.

En palabras de Busso[1326], existe un sector en la doctrina que sostiene que mientras no haya suma líquida, definitivamente fijada, el acreedor no puede exigir pago alguno al deudor ni constituirlo en mora, y por tal causa no corren los intereses moratorios.

1324 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 224.
1325 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 300.
1326 *Ibidem*, p. 302.

Por su parte, Llambías[1327] expresa que esta postura se afirma en la máxima *in illiquidis non fit mora*, y que por eso se sostiene que no puede haber mora si todavía no media liquidación de la deuda, porque entonces no cabe reprochar al deudor por no pagar.

No obstante ello, conforme expresa el citado tratadista argentino, ha prevalecido una opinión contraria; de modo que la liquidez no es considerada como un requisito para el curso de los intereses moratorios.

Se ha dicho que no hay razón para sostener que los créditos ilíquidos no devengan intereses, por cuanto la ley, en parte alguna, contiene la exigencia de ese requisito.

A entender de Busso, la iliquidez del crédito no descarta que el deudor pueda incurrir en culpa contractual con relación al cumplimiento de la obligación. En efecto, si el monto de la suma que adeuda no es determinado, debe buscar un entendimiento con el acreedor a efectos de su fijación, ya que toda obligación coloca a las partes en la necesidad jurídica de adoptar las disposiciones necesarias para facilitar su cumplimiento. Y en el caso de que el entendimiento no pudiera concretarse, el deudor —para no incurrir en responsabilidad— debe consignar la suma que en su concepto corresponda. Especialmente debe hacerlo cuando el acreedor inicia juicio, y no lo dispensa de la obligación de consignar el hecho de que se demande una suma excesiva.

De igual manera, señala Llambías que el deudor, una vez constituido en mora, no puede escudarse en la ausencia de liquidez de la prestación para privar al acreedor del goce de su capital. Aunque la suma a pagar no esté definida, siempre puede el deudor consignar en pago la cifra que él entiende adeudar, a fin de eximirse del aditamento de los intereses, sin perjuicio de completar el pago, con posterioridad, si los jueces estimasen que la consignación es insuficiente.

Coincidimos con este parecer.[1328]

En cuanto a la exigibilidad de la deuda, se ha expresado que las deudas no exigibles no devengan intereses moratorios.

Este requisito guarda directa relación con el plazo que se ha convenido para el cumplimiento de la obligación. Así, una obligación es exigible cuando el plazo para el pago se encuentra vencido.

El reconocimiento que el deudor haga de la obligación no importará necesariamente su exigibilidad, por cuanto tal reconocimiento versa sobre la existencia o certeza de la deuda antes que sobre su exigibilidad.

1327 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 210.
1328 Texto correspondiente a la tercera edición.

Al respecto, señala Busso[1329] que el reconocimiento podrá asignar a la deuda el carácter de exigibilidad sólo cuando la manifestación del deudor incluyera esta última circunstancia.

Agrega Busso que si la obligación no consigna plazo, el juez fijará el día en que deba hacerse la entrega del dinero. No podría haber mora en tanto no se produzca la fijación judicial de un plazo y el vencimiento de éste.

Resulta de interés preguntarnos si en la hipótesis de una fijación judicial de plazo para el pago, el juez podría declarar la existencia de una mora anterior a la sentencia.

En opinión de Busso[1330], si de las circunstancias del caso resultara que el deudor debió cumplir la obligación en tiempo anterior, el juez podría condenarlo al pago de la suma reclamada, con los intereses a partir del momento en que por interpelación del acreedor se configuró la mora.

Señala el citado autor que debe admitirse la posibilidad de fijar retroactivamente el momento inicial de los intereses, en virtud de la necesidad de que la sentencia coloque la situación de las partes en su justo juicio. Aunque, sin duda, no puede haber mora mientras no haya plazo, y no se deben intereses si no hay mora, no es menos cierto que la decisión de la sentencia debe considerarse, en cuanto a sus efectos, pronunciada y vigente desde la fecha en que el demandado debió cumplir la obligación.

En esta hipótesis, entonces, la sentencia contendrá —necesariamente— una doble fijación de plazo: declarará que la obligación hubo de cumplirse en tal fecha y condenará al deudor a que la satisfaga en el plazo habitual para las ejecuciones de sentencia, con intereses a partir del momento de la mora.

Jorge Eugenio Castañeda[1331] sostiene que en las obligaciones sin plazo, pero en las que se presume que se quiso conceder, se requiere que el juez lo señale. Es incuestionable, a su entender, que la intimación en las obligaciones que no señalan plazo, si no se ha cuidado antes que el juez lo fije, no hace incurrir en mora al deudor.

Además, expresa el citado profesor, si no aparece del tenor o de la naturaleza y circunstancias de la obligación que deseó concederse plazo al deudor, dicha obligación será exigible inmediatamente.

Cabe precisar, según enseña el propio Castañeda, que en las obligaciones puras, de cumplimiento inmediato, no se produce la mora del deudor a no ser que el acreedor reclame su cumplimiento.

1329 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 306.

1330 *Idem.*

1331 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, p. 91.

Por nuestra parte, puntualizamos que el devengamiento de los intereses moratorios requiere de la concurrencia de ciertos supuestos de hecho. Éstos son, a saber: que la deuda principal sea cierta, líquida y se encuentre vencida e impaga. Vale decir, conocida en su existencia y cuantía; asimismo, exigible en su cumplimiento, sin que se haya verificado el pago.

Es preciso, además, que se produzca la hipótesis de una mora debitoria, debiendo concurrir para ello los requisitos generales necesarios para la configuración de la mora del deudor, cuyo análisis efectuaremos en su momento.

No obstante lo señalado, debemos aclarar que para que se configure la mora es indispensable que el deudor incurra en incumplimiento doloso o culposo. De donde resulta evidente que, si el deudor retrasa el cumplimiento de la prestación a su cargo por causa no imputable, queda liberado de la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que dicho retraso pudiese haber causado al acreedor.

Sobre el particular, es pertinente remitirnos a la Casación n.º 2107-2020-La Libertad, de fecha 25 de octubre de 2023, que versa precisamente sobre el interés moratorio por incumplimiento culposo, «*Décimo Segundo*.- Al efecto, corresponde precisar que, la consecuencia del no pago oportuno de un adeudo genera el pago de intereses. El artículo 1242° del Código Civil, indica que es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien o moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. El cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación del Estado de pagar la pensión de jubilación determina su responsabilidad, no sólo de cumplir debidamente con el pago de esta prestación sino, además, de reparar tal afectación de este derecho fundamental pagando, en armonía con el artículo 1242, segundo párrafo y siguientes del Código Civil, los intereses generados respecto del monto cuyo pago fue incumplido a partir del momento en que se produce la afectación, lo cual responde a los principios pro homine y pro libertatis, según los cuales, ante diferentes situaciones se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio».[1332]

En esa línea, la Sentencia n.º 1255-2003-AA/TC, de fecha 21 de mayo de 2005, ha determinado lo siguiente, «Exoneración de los intereses moratorios: no se puede ocasionar mayor perjuicio económico a quien se ha visto obligado a accionar en defensa de sus derechos y que, por motivo de la duración de los procesos, se vería perjudicado por la aplicación de estos intereses. 9. Si bien la demanda no puede estimarse, en este caso en particular este Tribunal considera importante precisar los alcances de su fallo, puesto que la forma como está

1332 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 382. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2107-2020-La-Libertad-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

regulado el procedimiento de cobranza de deudas tributarias implicaría que la Administración Tributaria prosiguiera con la cobranza de las órdenes de pago, y, en consecuencia, con el cómputo de intereses por pago fuera de plazo [...]. 10. Es necesario tener en cuenta que la prolongada duración del proceso —debido a su complejidad—, traería como consecuencia que aquel que solicitó la tutela de un derecho, termine en una situación que le ocasione más perjuicio económico que si no hubiese accionado, debido a la aplicación de intereses moratorios. Este resultado no sería consustancial con el criterio de razonabilidad y el ejercicio de la tutela judicial efectiva, la cual no solo implica el acceso al aparato judicial, a un pronunciamiento motivado, así como a la ejecución de sus fallos en sus propios términos, sino que importa un pronunciamiento oportuno por parte de los jueces; más aún cuando se trata de procesos que, como el amparo, merecen una tutela de carácter urgente. 11. Si bien el Tribunal Constitucional [...] [determinó que] el contribuyente no se viera saturado con el peso del impuesto, este resguardo podría verse desnaturalizado si, por el paso del tiempo, a consecuencia de un proceso judicial, el contribuyente no solo tenga que pagar una deuda principal correctamente determinada, sino también una cuantiosa suma de intereses por pago extemporáneo, no ocasionada por negligencia o mala fe del mismo, sino, irónicamente por ejercer su derecho de acción. 12. En consecuencia, en este caso concreto, el Tribunal Constitucional pese a considerar que la demanda es infundada, por lo que debe cobrarse la deuda principal, no ampara el pago de los intereses por pago extemporáneo».[1333]

En este orden de ideas, anotamos que el supuesto de un deudor súbitamente empobrecido, esto es, que ha devenido en insolvente (*en el sentido amplio de la palabra*)[1334] con posterioridad al momento en que contrajo la obligación, no lo exime del pago de los intereses moratorios, pues esta hipótesis, a efectos de la teoría del Derecho de Obligaciones, es asimilable al incumplimiento por causa imputable al deudor, con las consideraciones y salvedades relativas a la culpa. Resulta, entonces, que tal caso no es exoneratorio de responsabilidad, aun cuando se requiere, desde luego, la constitución en mora del deudor.

Respecto a la procedencia del devengamiento de intereses en el supuesto de mora creditoria, Busso[1335] señala que cuando la mora del acreedor es posterior al acto por el cual el deudor hizo lo que de su parte correspondía para la transferencia de la suma a pagar, y es el acreedor quien indebidamente retarda el acto integrativo necesario para que esa transferencia se consume, podría pensarse que se produce una suspensión del curso de los intereses debidos.

Ello, en virtud de que el vínculo obligatorio que enlaza a dos personas, en cuanto a la obtención de una finalidad que es de interés recíproco, las coloca

1333 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 928. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1334 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

1335 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 316.

en la necesidad de cooperar a su cumplimiento. El acreedor no puede negarse —sin motivo— a recibir el pago, ni puede con su conducta agravar la situación del deudor.

Empero —agrega el citado tratadista argentino—, si el deudor ha sido cronológicamente el primero en ser constituido en mora, ha quedado en una situación antijurídica que no se borra por la sola circunstancia de que el acreedor posteriormente se haya hecho coculpable de su prolongación en razón de una resistencia indebida a la recepción del pago.

Sostiene Busso que en tales situaciones el deudor no debe contentarse con insistir en que le reciban la suma, sino que debe consignarla a la orden del acreedor. Mientras no lo haga, está reteniendo indebidamente la suma que debió pagar y esa retención es un hecho objetivo que determina la continuidad de los intereses a su cargo, aun cuando haya manifestado su intención o haya realizado actos en el sentido de querer realizar el pago.

Desde este punto de vista, es menester señalar que la mora, en tanto estado o situación permanente, una vez constituida subsiste indefinidamente hasta que el deudor cumpla la obligación o hasta que concurra una causa especial que la suspenda o determine su cese definitivo. Mientras dura la mora se devengan ininterrumpidamente los intereses a cargo del deudor.

Por otra parte, para que el devengamiento de los intereses moratorios pueda producirse, es obvio que se precisa de la constitución en mora.

Al respecto, debe anotarse que mientras no se requiera judicialmente o de manera extrajudicial al deudor para que verifique el pago, los intereses moratorios no podrán empezar a correr, ya que si bien podría producirse un atraso en el pago, no habría realmente mora.

Este último requisito dependerá de cada ordenamiento legal.

Por nuestra parte, insistimos que en el ordenamiento civil peruano, salvo en el caso de mora automática —sea convencional o legal—, se requiere de la constitución en mora por intimación para que los intereses moratorios empiecen a devengarse.

Precisa señalarse que nuestro ordenamiento jurídico ha destinado una regulación especial para los casos de obligaciones laborales y tributarias incumplidas en su oportunidad.

Finalmente, en cuanto a los intereses convencionales compensatorios o moratorios, debemos precisar que, según el régimen vigente, la tasa de dichos tipos de interés, para las personas ajenas al sistema financiero, se determina por acuerdo de partes. Sin embargo, aquélla no puede ser pactada libremente o sin restricción alguna, porque el artículo 1243 del Código Civil prevé tasas máximas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre el particular, expresa Llambías[1336] que si los intereses se originan en la convención de las partes, han de liquidarse conforme a la tasa pactada, siempre que no sea usuraria.

Juega en ello el respeto por la libertad contractual que ha de ser amparada mientras no infrinja el orden público o no ofenda la moral y las buenas costumbres.

De este modo, si bien la tasa de interés convencional compensatorio o moratorio se determina por acuerdo de partes, ésta —para que lícitamente pueda convenirse y cobrarse— debe haberse fijado dentro del límite que la ley establece.

Este límite no es otro que la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio que determina el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo, conforme se ha señalado, a lo previsto por el artículo 1243 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1336 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 213.

Tasas máximas de interés convencional

Artículo 1243.- La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1243

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 no trataba el tema.

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, lo hacía en su artículo 1265: «El interés es legal o convencional. Legal es el fijado por la ley para los casos en que no hay convención, el cual será del seis por ciento al año. El convencional es el estipulado por las partes, y puede ser reclamado su pago con tal que no exceda el dos por ciento mensual»; mientras que el Código Civil de 1852 no registraba antecedentes sobre el particular.

De otro, lado, el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 1890, señalaba que: «Si el mutuatario ha pagado intereses que no están estipulados, el monto de ellos debe ser imputado al capital».

A su turno, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordó el tema en su artículo 1317 de la siguiente manera: «Será nulo todo contrato de mutuo en que se estipule un interés notoriamente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivo para estimar que ha sido aceptado por el mutuatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o en lo limitado de sus facultades mentales.— Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sean su entidad y circunstancias»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 no registra antecedentes sobre el particular, al igual que 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, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, de 1980, abordó el tema en su artículo 23: «La tasa del interés compensatorio no excederá del tipo

GUSTAVO MIC CASTILLO FREYRE

máximo que permita la ley.— El exceso dará lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del mutuatario»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en su artículo 1263: «La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.— Cualquier exceso sobre la tasa máxima dará lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1210: «La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.— Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor».

2. Análisis

Nuestra legislación civil ha optado por establecer un límite a los intereses que las partes libremente pueden convenir en las obligaciones de dar sumas de dinero, a través de la fijación de tasas máximas.

De allí que la finalidad principal, entre los varios objetivos del artículo 1243 del Código Civil peruano, sea la de establecer una tasa máxima en el cobro de los intereses convencionales.

Este tipo de tasa supone un riesgo abstracto, promedio, en las operaciones de crédito, cuyo monto, una vez determinado sobre el caso concreto, puede ser disminuido o aumentado, en razón a los criterios que intervienen en la fijación de las tasas de interés.

El dinero no es tan sólo un instrumento de cambio, sino también una mercancía, y como tal su valor no puede ser fijado por una disposición legal, ya que dicho valor depende de múltiples factores, entre los cuales figuran la oferta y la demanda, la estabilidad o la inestabilidad de la moneda, el cuadro general de la economía del país, el curso de los acontecimientos políticos, etcétera.

En este sentido, debe entenderse que el Banco Central de Reserva del Perú, al establecer un interés máximo, no está fijando precisamente el valor del dinero, sino tan sólo las condiciones más propicias en el mercado, en cumplimiento del mandato que la ley le encomienda, a saber: la formulación de una política crediticia.

Cuando nosotros nos referimos al tema de las tasas máximas de interés, necesariamente tenemos que hacer mención a que en el Perú, desde 1991, el régimen de intereses es dual. Hasta antes de 1991, el Estado fijaba tasas máximas para los intereses que podían cobrar los bancos y tasas máximas para los intereses que podían cobrar las personas ajenas al sistema financiero.

Desde 1991 ese régimen cambió y se estableció un sistema dual. Por un lado tenemos a las tasas de los intereses de las operaciones que se encuentran dentro del sistema financiero, y por otro, las tasas de las operaciones que se encuentran fuera del sistema financiero.

Por operaciones dentro del sistema financiero se entiende que en ellas interviene una empresa financiera (banco, financiera o caja), ya sea contratando con otra empresa que también forma parte del sistema financiero, con el Estado o con un particular, sea una persona natural o jurídica. En este tipo de operaciones no hay tasas máximas. Los intereses están librados al juego de la oferta y la demanda.

Para las operaciones que se realizan fuera del sistema financiero, sin embargo, sí existen topes.

Advertimos que las tasas máximas hay que clasificarlas según se trate de intereses compensatorios o de intereses moratorios.

Cabe aquí precisar que la normativa sobre tasas de interés fue modificada por la Circular n.º 021-2007-BCRP, de fecha 28 de septiembre de 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de septiembre de 2007.

Vale recordar en este punto que la tasa máxima de interés convencional se expresó en términos mensuales durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1988 y el 31 de diciembre de 1994.

Por otra parte, para una mejor comprensión de la materia, conviene conocer que son varias las políticas que pueden asumirse en un régimen de tasas máximas de interés. Dichas tasas pueden fijarse en un tanto porcentual o en una tasa referencial.

Al respecto, se ha dicho que si el Banco Central de Reserva fijase la tasa máxima de interés convencional en un tanto por ciento, requeriría de un contexto económico de estabilidad monetaria, ya que ese es un factor determinante e indispensable para que puedan ser normalmente respetados los límites señalados para el cobro de intereses.

Por el contrario, si la moneda estuviera sometida a fuertes presiones inflacionarias o deflacionarias y, por lo tanto, si perdiera o ganara valor en apreciable medida, nadie operaría a esa tasa, simplemente porque habría que compensar la desvalorización o revalorización sufrida además del interés. Es obvio que también en este caso, inevitablemente, surgiría un mercado negro de dinero.

Son éstas, quizá, las razones por las que los regímenes de los presidentes Fujimori, Paniagua, Toledo, García, Humala, *Kuczynski, Vizcarra, Merino, Sagasti, Castillo y Boluarte —hasta terminar de escribir estas líneas (junio del 2024)*— han adoptado y mantenido una tasa referencial de variación diaria[1337].

Además, mucho ha hecho la estabilidad en el manejo del Banco Central de Reserva del Perú, con la presidencia de Julio Velarde Flores, desde octubre del 2006, en una impecable gestión[1338].

1337 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

1338 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De otro lado, las tasas máximas de interés pueden tener una periodicidad anual o mensual. Asimismo, pueden ser tasas efectivas o nominales y, finalmente, únicas o diferenciadas, según el tipo de interés, las monedas sobre las cuales van a aplicarse, el tiempo que dure el crédito otorgado, y de acuerdo a si este último se halla o no sujeto al Sistema de Reajuste de Deudas, en adelante SRD.

En cuanto a las características y cuantía de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, que actualmente los particulares pueden cobrar en sus operaciones de crédito, debemos señalar que dichas tasas fueron publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 6 de julio de 1991, y modificadas por la Circular n.° 021-2007-BCRP, publicada el 30 de septiembre de 2007.

2.1. Para el interés convencional compensatorio

Una tasa referencial, de periodicidad anual, efectiva o diferenciada, según se trate de moneda nacional o extranjera, por el tiempo de duración del crédito y dependiendo de si este último se sujetó o no al SRD.

2.1.1. En moneda nacional

2.1.1.1. Para operaciones no sujetas al SRD

La tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales.

Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

2.1.1.2. Para operaciones sujetas al SRD

La tasa máxima de interés convencional compensatorio es calculada de forma tal que el costo efectivo de estas operaciones, incluido el reajuste, sea equivalente a la tasa señalada para las operaciones no sujetas al SRD.

2.1.2. En moneda extranjera

La tasa máxima de interés convencional es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

2.2. Para el interés convencional moratorio

Se ha establecido una tasa referencial de periodicidad anual, efectiva y diferenciada, según el tipo de moneda sobre la cual habrá de calcularse.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1. En moneda nacional

La tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, tratándose de operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas o no, es equivalente al 15 % de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica en forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal.

Es necesario precisar que el interés moratorio se cobra sólo cuando se ha pactado, y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Dicho interés se computa y se percibe desde la fecha en que el deudor incurre en mora.

2.2.2. En moneda extranjera (dólares de los Estados Unidos de América)

Para este caso, la tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, es igual al *15 % de la tasa máxima de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal*[1339].

Deben tenerse presente, en todo caso, las precisiones dictadas por el Banco Central de Reserva en cuanto al cómputo y cobro del interés moratorio.

Hasta aquí nos hemos referido al interés máximo que los particulares pueden cobrarse entre sí en sus operaciones de crédito. A éste lo hemos denominado crédito civil propiamente dicho, para distinguirlo del crédito comercial y financiero.

Ahora bien, es preciso anotar que el establecimiento de una tasa máxima de interés, en términos efectivos, ha generado una polémica que no ha perdido actualidad y en torno a la cual se han emitido las más diversas opiniones.

El problema consiste en precisar si realmente la determinación de una tasa efectiva de interés, al constituir una expresión capitalizada de intereses, contraviene lo dispuesto por el artículo 1249 del Código Civil, esto es, la prohibición de capitalizar intereses.

Al respecto, debemos señalar que en el medio jurídico nacional predomina una opinión que sostiene que el establecimiento de una tasa máxima compuesta, sobre la base de tasas efectivas, lejos de contravenir el tenor del artículo 1249 del Código anotado, expresa los costos finales del crédito con capitalización.

Cuando el Banco Central de Reserva señala como «tasa máxima» de interés convencional compensatorio a los promedios ponderados diarios de tasas de interés convencional compensatorio para créditos a la microempresa, no transgrede el contenido y alcances del artículo 1249, pues en lugar de fijar, por ejemplo, como tasa compensatoria convencional para el día *2 de julio de 2024, en moneda*

1339 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

nacional, el 54.91 % anual[1340], señala que debe ser la citada tasa de ese día. Esto resulta más práctico, si consideramos que diariamente varían las tasas del crédito a las microempresas que la ley ha adoptado como referencia.

Dichas tasas constituyen las «tasas máximas» pasibles de ser concertadas por las partes como compensatorias; mientras que el 15 % de ellas en moneda nacional y el 20 % de ellas en moneda extranjera constituyen las tasas máximas pasibles de ser concertadas como interés moratorio fuera del sistema financiero. Es obvio que, conforme lo dispone el artículo 1249 del Código Civil, estas tasas no son susceptibles de ser capitalizadas, salvo las excepciones que el propio Código establece.

2.3. Los intereses usurarios

Cuando se aborda las tasas máximas de interés, no puede obviarse el tema de la usura. De allí que una de las finalidades del artículo 1243 del Código Civil peruano es la de evitar el cobro de intereses usurarios.

El término usura deriva de la voz latina *utis usus*, que significa: servirse, emplear, gozar.

Conforme apuntan Villegas y Schujman[1341], la palabra usura proviene etimológicamente de una voz latina que designaba el concepto de interés cobrado por el dinero en el contrato de préstamo; era el precio por el *usus* del capital.

Consideramos necesario señalar que la doctrina ha elaborado diversas definiciones en torno al concepto de usura, respondiendo a sus regímenes jurídicos, en los que puede o no existir una tasa máxima de interés.

Así tenemos que, en atención a la fijación de una tasa máxima de interés, Sapena Pastor[1342] sostiene que hablar de usura, importa referirse a la percepción de intereses excesivos.

Expresa Moisset de Espanés[1343], que si cien pesos son siempre iguales a cien pesos, todo interés que supere la tasa de estabilidad originaria en el aprovechamiento de un capital ajeno es usurario.

En cambio, ante la ausencia de una tasa máxima de interés, la usura puede ser definida conforme apuntamos a continuación.

1340 Véase: Banco Central de Reserva del Perú. Tasas máximas de interés convencional compensatorio para créditos de consumo, créditos de consumo de bajo monto y créditos para las pequeñas y microempresas otorgados por empresas del sistema financiero. Disponible en: https://consultasproveedores.bcrp.gob.pe/tasa-max-interes-ajenasSF/web/public/index.php?accion=consultaSF [Referencia que corresponde a la tercera edición]

1341 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 177.

1342 Sapena Pastor, Raúl. *Op. cit.*, p. 16.

1343 Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 113.

Albaladejo[1344] diferencia a los intereses usurarios del interés leonino. El interés usurario no es aquél que pasa de una cifra o tasa determinada, sino aquél que es notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En cambio, el interés leonino es aquél que ha sido aceptado en una situación angustiosa o por un deudor inexperto.

Cárdenas[1345], a su turno, señala que la doctrina distingue la tasa legal de la convencional y, en relación con esta última, cuando la ley establece limitaciones, diferencia la tasa lícita de la ilícita o usuraria.

Así, en el caso del interés convencional, las partes pueden estipular un interés compensatorio o moratorio igual a ese máximo. De modo que la tasa será lícita cuando la cuantía que las partes han acordado que se mantenga dentro de los márgenes legales; o usuraria, si supera el tipo máximo fijado.

En otro sentido, conviene señalar cuándo una tasa de interés es usuraria y, por consiguiente, donde operarían las consecuencias jurídicas del artículo 1243 del Código Civil.

Sobre este asunto, Sapena Pastor[1346] sostiene que no hay una respuesta numérica, matemática, en porcentajes exactos, y si la tuviéramos hoy, no serviría mañana. Podemos sí afirmar, agrega el citado autor, ciertas bases que servirían para su establecimiento.

Las tasas de interés, conforme señala el referido tratadista, nunca deben ser inferiores al índice de la pérdida del valor adquisitivo del dinero. No se precisa ser economista, ni financista, para comprender que las tasas de interés negativas —o por debajo del índice de devaluación monetaria— no representan ganancia, sino una pérdida real.

Ante ello, tenemos que la determinación de la cuantía y funciones de la tasa de interés es un problema que ha preocupado siempre al legislador, según señala De Ruggiero[1347]. Y esto es así por las múltiples cuestiones de altísima trascendencia social que lleva aparejadas y por la dificultad de conciliar los criterios económicos con los jurídicos.

Agrega De Ruggiero que un grave y complejo problema también es responder cuáles son los criterios que deben presidir la fijación de la tasa de interés, entre los cuales se señalan:

- Si, por respeto a la libertad individual, debe dejarse su fijación al arbitrio de las partes, o debe, por el contrario, intervenir el Estado para corregir los errores y reprimir los abusos de la usura.

1344 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 73.

1345 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 244.

1346 Sapena Pastor, Raúl. *Op. cit.*, p. 18.

1347 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 56.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- De admitirse la intervención estatal, cuáles deben ser sus límites y cuándo puede considerarse lícito el interés y cuándo usurario.
- De qué modo podrá actuarse una represión eficaz de la usura.

Éstos son, según De Ruggiero, los problemas que el legislador debe enfrentar.

Al respecto, Villegas y Schujman[1348] establecen algunas pautas objetivas que pueden servir de guía para determinar si una tasa de interés es excesiva o no.

De este modo, señalan los citados autores que para dar a cada uno lo suyo, a partir de las condiciones objetivas en las que debe ser aplicado, es menester entonces preguntarse: ¿cuáles son las tasas activas y pasivas vigentes en el mercado?

¿Qué costo tiene el dinero para quien lo presta?

¿Cómo se conforma la tasa de interés en la realidad económica?

¿Qué retribución debe percibir razonablemente quien efectúa el préstamo?

Y, finalmente, si la aplicación de la tasa de interés acordada por acreedor y deudor reporta al primero una ventaja irracional que importa un despojo para el segundo.

De igual manera, cuando la fijación de la tasa de interés la hace el juez, es menester inquirir si la establecida no importa un despojo al acreedor en beneficio del deudor.

Resulta de interés precisar que la usura puede revestir diversas modalidades.

Así, tenemos que cuando se castiga a la usura en el empleo de capitales, nos encontramos ante la llamada «usura propia» o «usura del prestamista».

En cambio, cuando se castiga la conducta de usura como *estipendio* de la mediación hablamos de «usura impropia», «usura por intermediación» o «usura del comisionista».

Sobre el tema, enseña Corgatelli[1349] que en el caso de la usura impropia, el intermediario le consigue a una persona necesitada un préstamo usurario, y ese intermediario es un cooperador, es decir, un copartícipe en el hecho de hacerse dar o prometer, aprovechándose de la necesidad; un copartícipe del agente principal, que será el prestamista. En cambio, si le consigue un préstamo honrado —vamos a llamarlo así: un préstamo lícito— pero ese intermediario exige, porque cobra, o porque se hace prometer, una comisión categorizada como usuraria porque sobrepasa el *plafond* máximo de la usura penal, entonces incurre en esta segunda modalidad, sería autor de esta forma de usura impropia. Pero, además, pueden darse

1348 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 181.

1349 Corgatelli, Darío S. En Cajarville, Juan Pablo. *Régimen legal de los intereses. Delito de usura.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1980, pp. 83 y 84.

otras posibilidades: que el intermediario, por una parte, intermedie en la concertación del préstamo usurario y sea un copartícipe; y por otra parte que cobre o se haga prometer a su vez él una comisión usuraria, en cuyo caso, a entender de dicho tratadista, deberá responder penalmente por esos dos delitos en concurso.

Agrega el referido autor que resulta claro que también el prestamista usurero puede fingir ser mediador y, por un lado, se puede dar o prometer, por el préstamo de dinero, un interés usurario, aprovechándose de la necesidad, etcétera, del prestatario, y por otro lado puede cobrar o hacerse prometer una comisión usuraria, como si él también fuera un intermediario. También le parece en este caso que deberá responder por esas dos modalidades de usura en concurso.

Por otra parte, debemos precisar que existe otro tipo de usura. Ésta es la denominada usura sucesiva, que se da en operaciones con un crédito usurario. Esto es, cuando después de haberse concertado el préstamo usurario, éste se hace efectivo o se transfiere, entrega o cede a otra persona, a sabiendas de que es precisamente usurario.

De otro lado, se ha dicho que la cuestión de la usura y del interés del dinero, se ha presentado siempre oscura y enmarañada por dos razones principales: la primera, porque no se ha comprendido bien la importancia del dinero, creyéndolo estéril e improductivo; y la segunda, porque no se ha hecho una distinción entre los contratos de mutuo y los préstamos con intereses.

Algunos autores afirman que según el Derecho Natural y el Evangelio existe una obligación de prestar gratuitamente al que está necesitado. Este contrato es el que se ha denominado mutuo.

El mutuo, conforme a las leyes divinas, eclesiásticas y civiles, se dice, es esencialmente gratuito; luego, cualquier cantidad adicional que se exija en la devolución es indebida y usuraria.

En este sentido, puede entenderse por usura a toda ganancia que proviene del contrato de mutuo, *lucrum ex mutuo proveniens*. De allí, que se haya reprobado en múltiples ocasiones.

Si el llevar intereses es contrario a la esencia del mutuo, dejará de ser mutuo el contrato en que se estipula el pago de intereses.

Luego, hay un contrato que no es ni puede ser igual al mutuo y que consiste en dar dinero por intereses, esto es, el préstamo a intereses.

De modo que usura es todo lucro que proviene del mutuo. Interés es la utilidad que resulta del préstamo a intereses.

Así, la usura está prohibida por las leyes divinas y humanas, mas no el interés.

En ese entender, esta posición concluye señalando que la diferencia entre interés y usura radica no en la cantidad que se percibe por el dinero, sino en la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

especie de contrato que se celebra al entregar el dinero que se presta; así es que en unos casos será usura todo lo que se perciba por un préstamo, cualquiera sea su cantidad, y aunque no se haya estipulado un rédito muy crecido.

Finalmente, la jurisprudencia nacional ha señalado sobre este punto que: «Las partes pueden pactar las tasas de intereses compensatorios y moratorios que crean convenientes, siempre que no superen la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva; sin embargo, cuando se trate de actividad de intermediación financiera, no es aplicable la prohibición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil, pues las empresas del sistema financiero pueden fijar libremente las tasas de interés, tal como lo dispone el artículo nueve de la Ley n.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros»[1350]. Asimismo, se ha señalado que: «Para fijar el monto de la obligación, el ejecutado debe pagar el importe de la deuda más los intereses pactados, conforme a lo dispuesto por el artículo 1243 del Código Civil, el mismo que establece que la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, teniendo en cuenta las variaciones periódicas que haya sufrido dicha tasa máxima»[1351].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1350 Casación n.° 1549-97-Lima.

1351 Casación n.° 374-96-Piura. Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. En diario oficial *El Peruano*. 15 de marzo de 2003, p. 1524.

Tasa de interés legal

Artículo 1244.- La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

1. Fuentes nacionales del artículo 1244

Dentro de la legislación colonial, debemos mencionar a la Novísima Recopilación, Ley 22, Titulo I, Libro 10: «No se lleve más intereses del cinco por ciento en los contratos y obligaciones, en que se pueda llevar conforme a Derecho».

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 trataba el tema en el artículo 3: «El tribunal de comercio arreglará cada año el interés legal, y lo confirmará el cuerpo legislativo: el año correrá de legislatura a legislatura»; en tanto que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 lo hacía en dos normas, los artículos 1265: «El interés es legal o convencional. Legal es el fijado por la ley para los casos en que no hay convención, el cual será de seis por ciento al año. El convencional es el estipulado por las partes, y puede ser reclamado su pago con tal que no exceda el dos por ciento mensual»; y 1266: «El préstamo a interés puede ser con hipoteca o sin ella. En uno y otro caso puede estipularse el interés hasta el maximum señalado en el artículo anterior. Si se estipulare mayor interés, será nulo el contrato en todas sus partes».

El Código Civil de 1852 abordaba el tema en sus artículos 1274: «El interés legal del dinero, para los casos en que no hay convenio expreso, es el de seis por ciento al año»; y 1821: «El interés legal es el de seis por ciento al año»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba sobre el particular en sus artículos 1498: «En las obligaciones de entregar cantidad de dinero, los perjuicios que causa la demora, se reparan con los intereses estipulados, y en su defecto, con el interés legal por todo el tiempo que aquélla dura; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a perjuicios.— Cuando la deuda es ilíquida no se deben intereses; pero practicada la liquidación, corren éstos desde el día en que se entabla demanda por la suma que ha resultado de la liquidación.— El interés legal, es de seis por ciento al año, y rige sólo en el caso de que sobre réditos y no haya convenio expreso»; y 2215: «Cuando en el mutuo se estipulan intereses sin determinar la tasa, se entiende que son los legales».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no legislaba sobre el particular, suprimiendo, más bien, el artículo 1821 del Código Civil de 1852, entonces vigente.

TEXTO DOMINICO CASTRO FREYRE

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 trataba la materia en su artículo 304: «El interés legal del dinero, para los casos en que no hay convenio expreso, es el de seis por ciento al año»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 1314: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de seis por ciento al año», y el Código Civil de 1936, en su artículo 1325: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año», cuyo texto original fue modificado por la Ley n.° 23413, quedando con la siguiente redacción: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.— Las consignaciones judiciales y administrativas que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema volvió a ser abordado por la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 en el artículo 192: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año»; y por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, con el artículo 180: «El monto de los intereses no previstos contractualmente será fijado por el Banco Central de Reserva del Perú»; siendo tratado posteriormente por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1264: «La tasa de interés oficial será fijada igualmente por el Banco Central de Reserva del Perú»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1211: «La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú».

2. Análisis

El artículo 1244 del Código Civil peruano de 1984 establece la obligatoriedad del Banco Central de Reserva de fijar la tasa de interés legal.

En igual sentido, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley n.° 26123, del 30 de diciembre de 1992, señala, en el primer párrafo de su artículo 51, que el Banco Central de Reserva establece, de conformidad con el Código Civil, la tasa de interés legal para las operaciones ajenas al sistema financiero.

Resulta de interés recordar que el Código Civil de 1936 reguló el tema que nos ocupa estableciendo una tasa anual de interés legal específica. En efecto, el artículo 1325 del Código derogado señalaba que el interés legal del dinero para los casos en que no hubiera convenio expreso era del cinco por ciento al año.

En cuanto a la inconveniencia de un precepto como el que acabamos de anotar, se ha dicho que los intereses no deben tener una tasa única fija o específica prevista por una ley, porque si ésta determinase la tasa que un acreedor puede

exigir a su deudor, obligaría a todos los capitalistas a prestar a un mismo interés, lo que las haría injustas.

Supongamos que una persona ha prestado a otras dos un capital; uno, para especular en favor de una persona de modestos recursos, y otro en favor de una persona acaudalada para la ampliación de un negocio en el que con anterioridad se habían reportado ingentes ganancias. ¿Qué razón puede haber para que se cobre igual interés a los dos tomadores del crédito? Luego, si para ambos casos prescribiese la ley un interés fijo y único, se obraría con injusticia. Esto último siempre que, por justicia, entendamos el valor axiológico por el cual es menester tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Éstas fueron —quizá— algunas de las consideraciones por las cuales en el año 1982 dicho texto legal fue modificado.

En efecto, mediante Ley n.° 23413 del 1 de junio de 1982, se autorizó al Banco Central de Reserva a fijar la tasa de interés legal. De este modo, lo reiteramos, el tenor del artículo 1325 del Código Civil de 1936 fue modificado con el texto siguiente: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.— Las consignaciones judiciales y administrativas que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira».

De esta manera, desde la vigencia de la Ley n.° 23413, el Banco Central de Reserva del Perú se encuentra facultado para determinar la tasa del interés legal, lo que le otorga flexibilidad y equidad.

Por otra parte, debemos precisar que son varias las políticas que puede adoptar la fijación de una tasa de interés legal. Dicha tasa de interés puede determinarse en una periodicidad anual o mensual. Asimismo, puede ser nominal o efectiva; específica o referencial.

De otro lado, la tasa de interés legal puede ser única o diferenciada, según el tipo de moneda y según que el crédito se halle o no sujeto al sistema de reajuste de deudas.

En este sentido, es menester señalar que desde julio de 1982, el Banco Central de Reserva ha fijado la tasa de interés legal, adoptando una u otra de las características que acabamos de anotar.

Así tenemos que:

- A partir del 2 de julio de 1982, el Banco Central de Reserva del Perú fijó una tasa de interés legal específica nominal, expresada en términos anuales, diferenciada en razón del tipo de moneda y según hubiera de aplicarse a un crédito ajustado o no.
- A partir del 26 de agosto de 1985, el Banco Central de Reserva del Perú estableció una tasa de interés legal específica, efectiva, anual, diferenciada en

ESTUDIO MANUEL CASTRO FREYRE

razón del tipo de moneda y según se hallare el crédito sujeto al sistema de reajuste de deudas o no.

- Desde el 1 de diciembre de 1988, el Banco Central de Reserva del Perú fijó una tasa de interés legal, específica, efectiva, expresada en términos mensuales, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se hubiera de aplicar a un crédito ajustado o no.
- A partir del 1 de abril de 1991, el Banco Central de Reserva del Perú estableció una tasa de interés legal referencial, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se hubiera de aplicar a un crédito ajustado o no.
- Desde el 16 de septiembre de 1992, el Banco Central de Reserva del Perú ha venido fijando una tasa de interés legal referencial, diferenciada en razón al tipo de moneda y según se haya de aplicar a un crédito ajustado o no.

Finalmente, sobre la norma bajo análisis, en materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.º 2107-2020-La Libertad, de fecha 25 de octubre de 2023, que señala, «*Décimo Cuarto*: El BCRP fija la tasa máxima de interés convencional, sea para intereses compensatorios y/o moratorios. Cuando no existe pacto sobre el monto de la tasa de interés, pero sí su existencia, el interés compensatorio se calcula teniendo presente la tasa del interés legal. En el caso del interés moratorio, si no se ha convenido la tasa a la cual se calculará, será también la tasa de interés legal. El artículo 1244 del Código Civil establece que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)».[1352]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1352 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 382. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2107-2020-La-Libertad-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Pago de interés legal a falta de pacto

Artículo 1245.- Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.

1. Fuentes nacionales del artículo 1245

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, regulaba el tema en su artículo 3: «El tribunal de comercio arreglará cada año el interés legal, y lo confirmará el cuerpo legislativo: el año correrá de legislatura a legislatura»; en tanto que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 lo hacía en el artículo 1265: «El interés es legal o convencional. Legal es el fijado por la ley para los casos en que no hay convención, el cual será de seis por ciento al año. El convencional es el estipulado por la partes, y puede ser reclamado su pago con tal que no exceda el dos por ciento mensual»; el Código Civil de 1852, en los artículos 1819: «En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados; y los intereses serán los convenidos»; y 1820: «Si no hay intereses convencionales, el deudor moroso es responsable del interés legal que correrá desde que sea demandado hasta que se verifique el pago»; y el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2235: «Si en el mutuo no hay réditos convencionales, el deudor moroso es responsable del interés legal o sea el seis por ciento al año, el cual principia a devengarse desde que aquél sea citado por razón de la demanda, y corre hasta que pague todo lo debido».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, adoptaba el artículo 1819 del entonces vigente Código Civil de 1852, suprimiendo todo lo prescrito luego de la expresión «[...], sino en el caso de estar pactados», y eliminaba el artículo 1820 del mencionado cuerpo legislativo. El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, trataba el tema en su artículo 304: «El interés legal del dinero, para los casos en que no haya convenio expreso, es el de seis por ciento al año»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 1314: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de seis por ciento al año»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1325: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año», norma posteriormente reformada por la Ley n.º 23413, la que dispuso que: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.— Las consignaciones judiciales y administrativas

LEYSER MANUEL CASTILLO FREYRE

que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira».

Luego, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, del año 1980, en el artículo 235: «Cuando deban pagarse intereses, pero sin haberse fijado la tasa, el mutuatario deberá abonar el interés no previsto contractualmente»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 en el artículo 1265: «Cuando deban pagarse intereses, pero sin haberse fijado la tasa, el deudor deberá abonar el interés oficial»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, a través del artículo 1212: «Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal».

2. Análisis

Aclaramos, en primer término, que el concepto de tasa de interés legal no es equivalente al de los intereses legales, no obstante que la denominación es susceptible de confundir.

Los intereses legales son simplemente los que se deben por mandato de la ley. En cambio, la expresión tasa de interés legal se refiere a la que hay que pagar cuando las partes han pactado intereses, pero sin haber fijado la tasa.

Por lo demás, ambos conceptos de interés legal son ajenos a las tasas máximas de interés. La tasa máxima significa que no se puede pactar ni exigir intereses que la excedan.

La tasa de interés legal, si la obligación ha sido contraída en moneda nacional, será la TIPMN, y si ha sido contraída en moneda extranjera, será la TIPMEX.

Así como las tasas máximas se calculan en función de las tasas del promedio ponderado de las tasas activas, o sea, del promedio ponderado de las tasas que los bancos y las entidades financieras cobran por prestar dinero a sus clientes, la tasa de interés legal se calcula en función del promedio ponderado para las operaciones pasivas, o sea, de las operaciones en las que los clientes depositan su dinero en ahorros.

TIPMN, entonces, significa tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda nacional; y TIPMEX significa tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda extranjera.

Tanto la TIPMN como la TIPMEX se calculan en virtud del promedio de lo que pagan los bancos por tasas de interés pasivas a sus ahorristas; por lo tanto, se presume que dada la diferencia entre lo que cobra una entidad financiera cuando presta y lo que paga cuando recibe depósitos de sus clientes, las tasas de interés legal son, generalmente, bajas.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Coherente con lo antes expresado, el artículo 1245 del Código Civil peruano establece la aplicación supletoria de la tasa del interés legal cuando las partes han pactado el pago de un interés convencional, sin haber fijado la tasa.

Según la norma, en el supuesto en que los contratantes hayan estipulado el devengamiento de intereses, pero sin señalar su monto, regirá la tasa establecida para el interés legal.

En esa línea, la jurisprudencia nacional ha desarrollado la siguiente cuestión en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial con sede en la ciudad de Lima, realizado los días 3 y 4 de julio de 2014, «Si al asumirse una obligación de crédito no quedó determinada de modo especifico la tasa de interés y ésta se remite a una tasa que deba determinarse tomando como referencia las tasas máximas fijadas por ley; en tal caso el deudor deberá pagar ¿el interés legal o la tasa que resulte del pacto? El Pleno acordó por Mayoría: "Deberá pagarse por interés lo estipulado en el pacto, debiendo para tal efecto determinar la tasa aplicable, atendiendo a la publicación diaria que para tal efecto publica el diario oficial *El Peruano*"».[1353]

Como ya lo anotamos, el precepto alude al interés convencional de tasa legal, toda vez que éste opera cuando las partes acuerdan el devengamiento de intereses, pero omiten determinar el monto de éstos. O sea, que un supuesto es que la ley señale la procedencia del pago de intereses cuando éste no se ha convenido, y otro distinto que ella supla la voluntad de las partes para establecer simplemente la cuantía de la obligación convencional y accesoria de dar intereses. El supuesto contemplado por el artículo 1245 del Código Civil peruano es, por lo tanto, uno de interés convencional de tasa legal y no de interés legal, propiamente dicho.

Suele pensarse, sin embargo, que la hipótesis de dicha norma está referida al pago del interés legal a falta de pacto del interés convencional.

Este ha sido el razonamiento de la jurisprudencia, como se puede observar en la Casación n.° 1198-96-Lima, de fecha 10 de octubre de 1997, «Si no se pactaron los intereses compensatorios y moratorios, el deudor debe abonar un interés legal. *Noveno*. En el contrato de servicio de venta de energía eléctrica entre la empresa demandante y la recurrente, éstas no pactaron los intereses compensatorios y moratorios, por lo que en observancia de las normas contenidas en los artículos 1242 y 1246 del Código Civil, resultaba de aplicación los intereses legales por el concepto de intereses compensatorios».[1354]

Tal aseveración constituiría, a nuestro juicio, un desacierto. De ser ella exacta, estaríamos ante la necesaria aplicación supletoria del interés legal, lo que permitiría

1353 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 930-931. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1354 *Ibidem*, p. 931.

concluir en que todas las obligaciones de dar sumas de dinero devengarían forzosamente intereses, ya sean convencionales o, en su defecto, legales.

Debe recordarse que la obligación de dar intereses se genera en todo préstamo de dinero o de bienes fungibles, sólo en tanto exista un acuerdo de partes o un mandato legal en este sentido.

Por eso consideramos que el supuesto del artículo 1245 no obliga al deudor al pago de un interés legal. El mandato de la norma ha previsto la obligación del deudor al pago de la tasa correspondiente al interés legal, esto es, aquélla que fija el Banco Central de Reserva del Perú —en cumplimiento del artículo 1244 del Código Civil—, cuando se haya pactado el devengamiento de un interés, sin haberse fijado la tasa. Ello, porque la ley suple tal vacío, fijando la cuantía de ese interés convencional.

Ante tal situación, cabe preguntarse en qué supuestos corresponde el pago de un interés instituido por ley.

El devengamiento del interés legal se produce —según las consideraciones que hemos venido señalando— cuando el deber de pagarlo nace de un mandato legal.

En algunas circunstancias es preciso restablecer el equilibrio contractual de aquellas relaciones jurídicas en donde la ausencia del pacto de intereses genera una situación perjudicial para una de las partes.

Bajo esta perspectiva, la ley civil peruana, supliendo la voluntad de las partes, prevé —en algunos casos— el devengamiento de un cierto tipo de interés, según deba retribuirse al acreedor un beneficio como contraprestación al crédito que ha otorgado, o bien una indemnización por los daños que la mora en el pago pudiese ocasionar.

En ciertas condiciones especiales, la ley impone al deudor el pago de intereses, al margen de toda convención. Así, los intereses legales son algunas veces instituidos por las leyes por razones de equidad en función del uso de dinero ajeno.

Los intereses legales, entonces, operan algunas veces como intereses compensatorios y en otras en calidad de intereses moratorios. De allí que se suela diferenciar el interés legal compensatorio del interés legal moratorio.

En nuestra legislación son diversos los supuestos en que el pago de intereses es debido por causa directa de la ley, cumpliendo una función compensatoria o, en su caso, una función indemnizatoria.

En relación al momento desde el cual deben empezar a computarse los intereses moratorios, reiteramos lo expresado oportunamente en el sentido de que el devengamiento de este tipo de interés se produce a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora.

La mora, según lo que antes señalamos, puede ser judicial o extrajudicial; el cómputo de los intereses (moratorios), por regla general, debe iniciarse a partir de la fecha en que se constituyó en mora al deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Existen, sin embargo, dos excepciones a esta regla, a saber: los casos de mora automática y los casos de deudas vencidas pero ilíquidas.

En este último supuesto, cuando el monto de la deuda deba ser determinado por resolución judicial, conforme a lo dispuesto por el artículo 1334 del Código Civil, hay mora a partir de la fecha de citación con la demanda, exceptuándose este principio para la responsabilidad extracontractual, pues en el supuesto previsto por el artículo 1985 del Código Civil, los intereses legales se devengan desde la fecha en que se produjo el daño.

No obstante lo señalado, si los intereses se devengan por mandato de la ley en calidad de moratorios, éstos empezarán a computarse a partir del momento en que la propia ley lo prescriba. Sería el supuesto, por ejemplo, de los artículos 1269 y 1324, entre otros, del Código Civil peruano de 1984.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 1269 del Código Civil, los intereses legales a los que se encuentra obligado quien acepta un pago indebido de mala fe se devengan desde la fecha del pago indebido.

En cambio, según lo establece el artículo 1324 del propio Código Civil, el incumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero devenga el interés legal desde la fecha en que el deudor incurrió en mora.

Al respecto, debe añadirse que de acuerdo a lo previsto por el artículo 1333 del mismo cuerpo legal, hay mora a partir de la fecha en que se intimó al deudor, salvo los casos de mora automática y de deudas vencidas pero ilíquidas, según hemos señalado.

En consecuencia, los intereses legales que se devengan en calidad de moratorios, en el caso de la mora judicial, empezarán a computarse —según lo previsto por el artículo 1324, en concordancia con el artículo 1333 del Código Civil— a partir de la fecha de la constitución en mora del deudor.

Tratándose del devengamiento de los intereses legales, anotamos que el Código Civil peruano los establece para diversos supuestos, que reseñamos.

En el caso de la patria potestad, cuando terminada la administración legal de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, resultase un saldo deudor o acreedor en la cuenta final de dicha administración (artículos 430 y 431 del Código Civil).

Asimismo, el pago de los intereses legales se origina cuando por negligencia del tutor el dinero del pupilo hubiese permanecido por más de un mes improductivo (artículo 525 del Código Civil), o si, terminada la tutela, resultase un saldo deudor en contra del tutor en la cuenta final que éste debe rendir (artículo 547 del Código Civil).

También integran la masa hereditaria los intereses legales y los frutos que produzca el dinero y los demás bienes colacionables desde la apertura de la sucesión (artículo 840 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el caso de las obligaciones de dar, cuando los gastos de conservación son asumidos por un deudor no propietario o por un tercero, el reintegro comprende lo gastado más sus intereses (artículo 1141 del Código Civil).

Otro supuesto de pago de intereses legales —como antes lo señalamos— se presenta en el caso del pago indebido recibido de mala fe (artículo 1269 del Código Civil).

En el contrato de mutuo —caso en el cual se presume la existencia de intereses—, de no haber pactado las partes el devengamiento de éstos, el deudor se encontrará obligado al pago del interés legal.

Caso distinto sería el supuesto en que las partes hubieran pactado el pago de intereses, pero sin fijar su monto, pues en esta hipótesis regiría el artículo 1245 del Código Civil, de modo que el deudor estaría obligado al pago de un interés convencional de tasa legal.

Igualmente, tienen derecho al pago de intereses legales el acreedor de una obligación dineraria vencida e impaga (artículo 1324 del Código Civil), el mandatario (artículo 1796, inciso 3, del Código Civil), el fiador (artículo 1890, inciso 2, del Código Civil) y quien aproveche las ventajas de la gestión de negocios (artículo 1952 del Código Civil).

Finalmente, cuando se trata del supuesto ya citado de responsabilidad extracontractual (artículo 1985 del Código Civil).

Creemos que no sería posible exigir el pago de intereses legales en ningún otro supuesto previsto por el Código Civil peruano.

Por otra parte, de lo expresado hasta este momento respecto de los intereses convencionales, legales, compensatorios y moratorios podemos apreciar que son susceptibles de presentarse los siguientes tipos o clases de interés:

(a) Interés convencional compensatorio, esto es, aquél fijado por acuerdo de partes y que compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.

(b) Interés convencional moratorio, que es el fijado por convención de partes con la finalidad de indemnizar la mora en el pago.

(c) Interés legal compensatorio, o sea, el determinado por mandato de la ley y que compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.

(d) Interés legal moratorio, que es fijado por mandato de la ley con el fin de indemnizar la mora en el pago.

Antes de finalizar estas reflexiones, debemos reiterar que la tasa legal de interés regirá tanto para el caso de los intereses compensatorios cuanto para el caso de los intereses moratorios, cuando se hubiese celebrado un contrato en el cual se pacte que la obligación principal genera intereses, pero sin señalarse la tasa aplicable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe recordar además lo señalado por la jurisprudencia nacional[1355] cuando establece que: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1245 del Código Civil, cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal; [...] Que, no obstante que la demandada no impugnó debidamente la liquidación de intereses practicada por la vencedora y aprobada por el juzgado, ello no puede convalidar dicha liquidación de intereses practicada, no sólo en contra de lo dispuesto en la ley, sino también notoriamente superior a la tasa aprobada por interés legal por el Banco Central de Reserva, conforme al artículo 1244 del mismo cuerpo legal, por lo que resultaría un abuso de derecho amparar la liquidación; [...] Que, de otro lado, tampoco resulta legalmente admisible que la liquidación se practique desde la fecha del vencimiento de la obligación, puesto que ello no ha sido demandado ni menos ordenado en la sentencia, razón por la cual sólo debe computarse desde la fecha de la interposición de la demanda».

Así también, cabe citar la Casación n.° 2701-2000-Lima, de fecha 30 de noviembre de 2001, la cual señala que: «El presente proceso trata sobre una obligación de dar suma de dinero que emerge de la devolución que debe hacer la municipalidad demandada del dinero excesivamente pagado por la demandante por concepto de impuesto predial. La sentencia apelada, confirmada por la recurrida, dispone que en cuanto a los intereses legales demandados, éstos resultan amparables, en atención a lo establecido en los artículos 1324 y 1245 del Código Civil; sin embargo, por razón de la materia controvertida que está relacionada con la devolución del dinero excesivamente pagado por la demandante, resulta que la disposición normativa aplicable es el Decreto Supremo n.° 135-99-EF, Código Tributario, norma que regula la devolución de pagos de impuestos realizados indebidamente».

Por último, nos remitimos a lo dispuesto en la Casación n.° 7503-2011-Lima, de fecha 8 de julio de 2023, que dispone, «*Cuarto*: Que, de lo expuesto, una primera conclusión a la que se puede arribar es que lo establecido en el artículo 1245° del Código Civil, genera un supuesto más en la clasificación del interés, el cual nace cuando no se fija la tasa a los intereses moratorios o compensatorios transformándolos en intereses legales. Así las cosas, el artículo 1244° del Código Civil dispone que la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, estableciendo dicha entidad las tasas máximas para las operaciones que no se encuentren en la esfera del Sistema Financiero (como es el caso de autos), tal y como se ha estipulado en el artículo 51° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú. En tal sentido, y para efectuar el cálculo de la tasa de interés legal el Banco Central de Reserva del Perú y propiamente la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP sub-clasifica a la tasa de interés legal en: Tasa de Interés Legal Efectivo (capitalizable) y Tasa de Interés Legal Laboral (sin capitalización). Estando a ello, tenemos como segundo punto y con el fin de delimitar la

1355 Expediente n.° 367-2001-Lima.

normatividad respecto al pago de los intereses legales y propiamente de la tasa aplicable que, si bien es cierto el Decreto Ley N° 25920 prescribe que los adeudos de carácter laboral se regulan por dicha norma y que a los mismos se debe aplicar el interés legal sin capitalización (a la tasa), también resulta indispensable indicar que el Decreto Supremo N° 070-98-EF en su Sexta Disposición Transitoria precisa que los aspectos relativos a regímenes previsionales en general no son de naturaleza laboral sino de Seguridad Social, siendo que de esta forma no resulta aplicable el Decreto Ley N° 25920 a las deudas previsionales, rigiéndose éstas por el Código Civil exclusivamente. En consecuencia, al pago de los intereses legales provenientes de deudas previsionales le corresponde aplicar la tasa de interés legal efectiva en aplicación exclusiva de la normatividad establecida en el Código Civil».[1356]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1356 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 382. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-7503-2011-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Pago del interés por mora

Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

1. Fuentes nacionales del artículo 1246

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 trataba el tema en dos de sus normas, los artículos 1273: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados, y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños e intereses»; y 1820: «Si no hay intereses convencionales, el deudor moroso es responsable del interés legal que correrá desde que sea demandado hasta que se verifique el pago»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 no legislaba sobre el particular.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no trataba la materia; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 303: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1313: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1324: «En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 abordó el tema en el artículo 1266: «Si no se hubiera convenido el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado, y, en su defecto, el interés oficial»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hizo

INSTITUTO RIVA-AGÜERO CASTILLO FREYRE

en el artículo 1213: «Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado, y, en su defecto, el interés legal».

2. Análisis

Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida, y ante la concurrencia de los requisitos para el devengamiento de intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de la ley, dicho deudor estará obligado a su pago.

Bajo esta perspectiva, el artículo 1246 del Código Civil peruano establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según sea el caso, se tratará del interés compensatorio o del interés legal. El supuesto de esta norma es entonces uno de devengamiento legal de interés moratorio.

El referido artículo 1246 ha previsto un orden entre los tipos de interés que, a partir de la constitución en mora del deudor, habrán de devengarse en calidad de intereses moratorios. Dichos intereses son, en primer lugar, el convencional compensatorio y, en segundo término, el legal.

Así, conforme al aludido precepto, de no haberse acordado el interés moratorio, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, que se devengará a partir de la fecha de la constitución en mora como interés moratorio. Sólo en ausencia del interés convencional compensatorio, el deudor pagará el interés legal en calidad de moratorio.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el mandato del artículo 1246 debe ser concordado con el artículo 1324 del propio Código Civil. De este modo, cuando no se ha pactado el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado al pago del interés convencional compensatorio, en tanto que su monto sea mayor al de los intereses legales.

Dice el artículo 1324 del Código Civil que: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios».

Es así que desde la fecha en la que se constituyó en mora al deudor, el acreedor tiene derecho a exigir el pago del interés convencional compensatorio que venía devengándose antes de la mora —pero en calidad de interés moratorio—, siempre que no se haya convenido el interés moratorio, y en la medida en que la tasa de interés compensatorio pactada sea mayor a la tasa del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1244 del Código Civil.

FELIPE OSTERLING MARIO CASTILLO FREYRE

En este sentido, expresa Cárdenas Quirós[1357] que el precepto contenido en el artículo 1246 se vincula con el artículo 1324 del Código Civil, el cual regula específicamente el interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en el supuesto de mora del deudor.

Así, en este último caso, el interés legal constituye el resarcimiento por el incumplimiento del deudor, esto es, por la falta de entrega oportuna de la suma de dinero al acreedor.

De otro lado, precisa advertirse que, a primera vista, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil parecería no revestir mayor dificultad. Empero, es éste otro de los temas más controversiales del llamado interés convencional; ello, en razón a que no existe un criterio unívoco respecto del interés que el deudor se encuentra obligado a pagar a partir de la mora.

Sobre el particular se ha dicho que una vez producido el incumplimiento de la obligación principal no es posible hablar de interés compensatorio, ya que éste, al tener por disposición de la ley la función de compensar el uso del dinero o cualquier otro bien, sólo procedería aplicarse durante la vigencia del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación, esto es, cuando el deudor, en virtud del título de la obligación contraída, mantiene legítimamente en su poder el dinero o el bien entregado por el acreedor. En consecuencia, el interés generado a partir del incumplimiento únicamente podría ser interés moratorio.

Debe precisarse que esta posición sostiene que el interés generado a partir del incumplimiento es únicamente el moratorio, atendiendo a la distinta finalidad que corresponde desempeñar al interés compensatorio y al moratorio, pues ésta los hace excluyentes entre sí. De este modo, no se considera correcta la solución planteada al desdoblar el interés generado a partir de la mora en un interés compensatorio y en uno moratorio.

Por consiguiente, se sostiene, los intereses compensatorios corren hasta la fecha de la constitución en mora, pues ésta tiene la virtud de suspender el curso de aquéllos. En consecuencia, el interés moratorio no es susceptible de adicionarse al interés compensatorio o, en su defecto, al legal.

El interés compensatorio, entonces, sólo debe generarse durante el plazo que acreedor y deudor han acordado para el pago. Producida la mora, el único interés que corresponde aplicar debe ser el moratorio.

Una posición distinta sostiene que el interés sobreviniente al incumplimiento puede distinguirse en dos componentes: uno compensatorio y el otro moratorio. En tales términos, el interés moratorio podría cobrarse en forma adicional al compensatorio. Por ello, se ha dicho que a partir del incumplimiento el interés a

1357 En Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo II, p. 249.

pagar es la sumatoria del interés compensatorio —o, en su defecto, el legal— y del interés moratorio.

Esta opinión considera que correspondiendo los intereses compensatorios al uso que se hace de un dinero o bien ajeno, aquéllos deberán seguir su curso, en tanto el deudor no pague lo adeudado al acreedor.

Conforme a las consideraciones que venimos analizando, el interés sobreviniente al incumplimiento de la obligación principal, ante la ausencia de un interés convencional moratorio, es el interés compensatorio pactado o, en su defecto, el interés legal.

Creemos, sin embargo, que la polémica generada en torno a este tema debe resolverse desde la perspectiva que desarrollamos a continuación.

La cuestión de fondo no está por el lado de la diversa finalidad que asiste a cada tipo de interés o por la posible incompatibilidad entre uno y otro. Debemos atenernos, únicamente, al tipo de devengamiento de las distintas clases de interés.

En este sentido, precisa recordarse que el interés compensatorio se devenga sólo cuando se haya pactado, a diferencia del interés moratorio, al que asiste un devengamiento convencional o, en su defecto, legal. Por su parte, el interés legal se devenga por mandato de la ley.

En esa línea, resulta pertinente recordar lo señalado por la Casación n.° 4298-2011-Lima, de fecha 12 de septiembre de 2012, que determina, «*Décimo Cuarto*. En relación a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 1246 del Código Civil, conviene señalar que el referido artículo es bastante claro en señalar que [...] lo que no ocurre en el presente caso, donde no se ha pactado el pago de intereses de este tipo; más aún, si se puede apreciar de la lectura de los propios bonos agrarios adjuntados a la demanda, que la demandada está solo obligada al pago de intereses compensatorios. En efecto, de una lectura sistemática del articulado que regula el pago de intereses, específicamente los artículos 1242 al 1250 del Código Civil, se llega a la conclusión de que los intereses moratorios sólo pueden derivarse del pacto o convenio, afirmación que fluye no sólo de la lectura de los artículos pertinentes, sino que está corroborado con la doctrina sobre el particular. Así, la doctrina más autorizada precisa que "los intereses moratorios son aquellos que el deudor puede deber, por retener un capital después de la fecha en que debía devolverlo, es decir, los intereses son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora", al tiempo que, en nuestro medio ha sido reconocido que "en relación al interés moratorio éste se puede cobrar sólo cuando ha sido pactado por las partes"; de todo lo cual se desprende que no resulta posible ordenar el pago de los intereses moratorios cuando ellos no han sido pactados por las partes, como ha ocurrido en este caso».[1358]

1358 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 932. [Texto correspondiente a la tercera edición]

En similar sentido, la Casación n.° 555-2012-Lima, de fecha 16 de julio de 2013, establece que, «No resulta posible ordenar el pago de los intereses moratorios cuando ellos no han sido pactados por las partes. *Décimo.* Las partes involucradas en la controversia únicamente fijaron para el caso el pago de intereses compensatorios; y, en efecto, no se advierte que los bonos de la deuda agraria puestos a cobro establezcan el pago de intereses moratorios, sino sólo de intereses compensatorios a favor de su tenedor en las tasas fijadas en cada uno de dichos instrumentos; razón por la cual, no corresponde en el presente caso ordenar a la emplazada el pago de intereses moratorios, sino que, en atención a lo explicado en el parágrafo precedente, únicamente deberán pagarse, por causa de mora, los intereses compensatorios acordados en cada instrumento de crédito, según ha sido acertadamente declarado en la sentencia de vista objeto de impugnación; debiendo, por tanto, desestimarse también este extremo del recurso de casación».[1359]

De lo dicho hasta el momento, pueden observarse los siguientes supuestos:

- **Si sólo se pactó interés compensatorio**

Cuando las partes hayan acordado únicamente el pago de un interés compensatorio, éste se devengará hasta la fecha del pago efectivo, salvo que, por incurrir el deudor en mora, sean de aplicación los artículos 1246 y 1324 del Código Civil, de modo que a partir de la fecha en que el deudor esté incurso en mora se devengará el interés compensatorio pactado en calidad de moratorio, si éste es mayor al interés legal.

No obstante lo expresado, si el interés legal fuese superior al interés convencional compensatorio —conforme hemos venido anotando—, será dicho interés legal el que deberá devengarse como moratorio hasta la fecha del pago efectivo.

- **Si sólo se pactó interés moratorio**

En caso de que sólo se hubiera convenido el pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que esté en mora el deudor, únicamente se devengarán los intereses convencionales moratorios hasta el día del pago.

- **Si no se pactó interés compensatorio ni moratorio**

En el supuesto en que las partes no hubiesen acordado el pago de un interés compensatorio ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio, por ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 1246 y 1324 del Código Civil peruano.

- **Si se pactaron intereses compensatorios y moratorios**

Cuando las partes pacten previa y diligentemente el devengamiento de un interés compensatorio, a fin de obtener una retribución o ganancia que compense

1359 *Ibidem*, p. 933.

el costo de oportunidad del capital prestado y, además, un interés moratorio, con la finalidad de que este último indemnice los daños que una posible mora en el pago pueda ocasionar, la ley premia esa diligencia permitiendo que, después de la constitución en mora del deudor, ambos tipos de interés se devenguen sobre el capital.

En consecuencia, en el caso de que exista un pacto expreso sobre el cobro de intereses compensatorios y moratorios, el acreedor, a partir de la fecha en que incurra en mora el deudor, recibirá un interés efectivo adicional al compensatorio, mediante el cual se sanciona al deudor incumplido y se indemniza al acreedor perjudicado.

En este sentido, una nota aclaratoria del Banco Central de Reserva del Perú (publicada en mayo de 1991 en el diario oficial *El Peruano* y en otros medios de comunicación locales) respecto a la determinación del interés moratorio, señala que éste se cobra sólo cuando se haya pactado, a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se perciben sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no esté vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Se precisó, además, que el interés moratorio se cobra únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectúe por cuotas, el cobro del interés moratorio procede sólo sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras éstas se mantengan en tal situación.

Estas consideraciones fueron complementadas por la Circular n.º 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de septiembre de 2007.

Se ha dicho que la decisión del Banco Central de Reserva del Perú de mantener diferenciada la tasa de interés compensatorio de la tasa de interés moratorio; de manera que esta última pueda adicionarse a la primera cuando el deudor incurre en mora, obedece a que ha sido práctica comercial generalizada aplicar el cálculo de la mora por encima de los intereses compensatorios.

Finalmente, cabe citar lo señalado por la jurisprudencia nacional[1360] cuando, sobre este punto, indica que: «Los artículos 1245 y 1246 del Código Civil se refieren al hecho de que cuando deba pagarse intereses sin haberse fijado la tasa, el deudor deberá abonar el interés legal; por lo que si bien en el pagaré que se anexa a la demanda no se ha consignado la tasa de interés, ello no conlleva a que las partes no hayan fijado dichas tasas, sino a que éstas dependían de las tasas máximas que fijaba el Banco Central de Reserva, por cuanto así lo habían convenido en la escritura pública de garantía hipotecaria y prenda agrícola».

1360 Casación n.º 3064-2000-Lima.

Intereses en obligaciones no pecuniarias

Artículo 1247.- En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1247

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.

El tema es abordado por primera vez en el Perú por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, del año 1980, por el artículo 21: «En el mutuo no pecuniario, los intereses se computarán de acuerdo con el valor que tengan las cosas prestadas en la plaza en que debe hacerse la devolución al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si la cosa estuviese extinguida al momento de hacerse la evaluación»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1267: «En la obligación no pecuniaria, el interés se computará de acuerdo con el valor que tengan las cosas materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse, al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si la cosa estuviese extinguida al momento de hacerse la evaluación»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1214: «En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan las cosas materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si la cosa ha perecido al momento de hacerse la evaluación».

2. Análisis

Ante la pregunta de si toda deuda principal es susceptible de generar intereses, señalamos que en doctrina no hay un criterio uniforme.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

En este sentido recordamos que, según la naturaleza de la prestación, las obligaciones son de dar, hacer o no hacer, las que —a su vez— tienen por objeto: bienes, en el caso de las obligaciones de dar; servicios u obras, tratándose de las obligaciones de hacer; y abstenciones —de dar o de hacer—, en las obligaciones de no hacer.

Al respecto, expresa Fernández[1361] que si estamos ante una obligación con prestación de dar, en la medida de que lo que es susceptible de entrega son bienes, cabe preguntarse si todo bien, en principio, puede producir nuevos bienes. La respuesta es afirmativa, en la medida en que esos nuevos bienes se conciben como provechos renovables que producen los bienes originalmente debidos.

Pero si estamos ante obligaciones con prestación de hacer o de no hacer, cuyos objetos son —respectivamente— el servicio (o el servicio que da lugar a la producción de la obra) y la abstención, ¿podemos afirmar que dichos servicios o abstenciones producen nuevos servicios y abstenciones a su vez? La respuesta es negativa, desde que la naturaleza misma del servicio y la abstención impiden la producción de intereses.

De esta manera, se concluye que sólo en las obligaciones con prestaciones de dar pueden generarse intereses. Nuestro Código Civil parecería llegar a la misma conclusión, al prescribir en el artículo 1242 que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien.

En consecuencia, bajo nuestro ordenamiento jurídico debe considerarse como cierta la tesis doctrinaria que sostiene que toda obligación de capital es susceptible de generar intereses.

En este orden de ideas, debemos anotar que suele confundirse el carácter pecuniario o no de la obligación principal —de la que la deuda de intereses es obligación accesoria— y el carácter que esta última puede adoptar.

Pensamos que el carácter de la obligación principal no determina el de la obligación de dar intereses. Un supuesto es que el objeto de la obligación principal —de la que los intereses se devengan— pueda consistir en sumas de dinero o en bienes, y otro, el hecho de que el interés pueda pagarse ya sea en sumas de dinero o en especie.

Habiéndose precisado la procedencia del pago de intereses en una obligación principal no dineraria, es menester hacer referencia al supuesto del artículo 1247 del Código Civil peruano.

EDICIONES MARIO CASTILLO FREYRE

1361 Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». *Op. cit.*, p. 190.

Dicho precepto ha dispuesto cuál es el valor sobre el que habrán de aplicarse los intereses a pagar, cuando el objeto de la obligación principal no sea una suma de dinero.

En este sentido, conforme lo señala la norma, en las obligaciones no pecuniarias el interés se fija sobre el valor de los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse, considerando el precio que aquéllos tuviesen al día siguiente del vencimiento de la obligación.

En caso de que los bienes objeto de la obligación principal hubiesen perecido al tiempo de hacerse la evaluación, el interés a devengarse se fijará de acuerdo con el valor que determinen los peritos.

Para precisar la licitud de la tasa de interés pactada, señala Fernández[1362], se requerirá un proceso de conversión a dinero, al constituir éste el común denominador del valor de todos los bienes y servicios, lo que no significa que lo que deba pagarse por concepto de interés sea una prestación dineraria, sino sólo la certeza de si la cuantía del interés está o no lícitamente determinada.

Es éste, entonces, el procedimiento a seguir para fijar el interés generado por una obligación no pecuniaria.

Otra cuestión a saber relativa a los intereses en obligaciones no pecuniarias es la referida al tipo de intereses que son susceptibles de devengarse en esta clase de obligaciones.

Respecto al devengamiento de los intereses compensatorios en una obligación no pecuniaria no existe mayor discrepancia.

Así, es posible que los intereses compensatorios sean concretados en otros bienes distintos al dinero, y que sean bienes de la misma especie y calidad de aquéllos prestados. Por ejemplo, si se tratase de un contrato de mutuo en el cual se hubiesen prestado manzanas con intereses, pueden ocurrir dos supuestos:

(a) Que el pago de dichos intereses se hubiese pactado en manzanas.

(b) Que el pago de dichos intereses se hubiese pactado en dinero.

Para el primer supuesto, será fácil calcular el pago del interés pactado, pues resultará de efectuar una simple operación aritmética entre el número total de manzanas mutuadas y la tasa pactada.

Sin embargo, para el segundo supuesto tal operación no resultaría sencilla a simple cálculo, ya que habría que avaluar las manzanas mutuadas para, con base en dicho valor (capital mutuado), calcular el monto del interés pactado.

1362 *Ibidem*, p. 202.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El valor a tomar en consideración, según lo establece el artículo 1247 del Código Civil, es:

- El que tenga dicho bien en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento (de existir el bien); o
- El que determinen los peritos, si el bien hubiese perecido al momento de hacerse la evaluación.

Antes de finalizar estas reflexiones señalamos que nada impediría que al tiempo de celebrarse el contrato, o luego, las partes señalen un valor de referencia al bien prestado o mutuado, o simplemente objeto de la obligación de dar. Consideramos que en tal caso, sin embargo, no regirían los supuestos previstos por el artículo 1247 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores

Artículo 1248.- Cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el valor de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza el día siguiente al de su vencimiento.

1. Fuentes nacionales del artículo 1248

Este artículo no registra antecedentes en ningún Código Civil ni Proyecto de Código Civil peruano anterior al Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, del año 1980, el mismo que constituye su antecedente inmediato con el artículo 22: «Cuando el mutuo consista en títulos valores, el interés será igual a la renta que devenguen o, a falta de la misma, al interés no previsto contractualmente. En este último caso, se determinará el valor de los títulos valores de acuerdo con su cotización en Bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza, el día siguiente al de su vencimiento».

Luego, el tema fue regulado por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en su artículo 1268: «Cuando la obligación consista en títulos-valores, el interés será igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés oficial. En este último caso, se determinará el valor de los títulos-valores de acuerdo con su cotización en Bolsa o, en su defecto, por el que tengan en plaza, el día siguiente al de su vencimiento»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1215: «Cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el valor de los títulos valores de acuerdo con su cotización en Bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza, el día siguiente al de su vencimiento».

2. Análisis

El artículo 1248 del Código Civil peruano prevé la cuantía o monto de los intereses que el deudor se encuentra obligado a pagar por causa de mora, cuando la obligación consta en un título valor.

En caso de que el deudor retarde culposa o dolosamente el pago de una obligación, que está representada por un título valor, es decir, por un documento al

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que se le han incorporado derechos y que está destinado a la circulación, deberá devengarse un interés con la calidad de moratorio, cuyo monto será igual a la renta que genere dicho título valor o, a falta de ella, a la tasa del interés legal.

Anotamos que el mandato legal del precepto señala, además, el valor sobre el cual han de aplicarse los intereses moratorios, siempre que su cuantía sea la tasa legal. Así, tenemos que dicho valor deberá determinarse de acuerdo con la cotización en Bolsa que presenten los títulos valores en los que consta la obligación principal —de la que la deuda de intereses es obligación accesoria—.

No obstante lo expresado, cuando la obligación consta en títulos valores no cotizados en Bolsa, los intereses deberán aplicarse sobre el valor que dichos títulos tengan en la plaza al día siguiente del vencimiento de la obligación.

Por estas consideraciones, el análisis del artículo 1248 del Código Civil debe efectuarse en concordancia con el régimen legal del mercado de valores.

Pensamos que el vocablo «bolsa» que consigna el artículo 1248 se refiere al difundido concepto de rueda de bolsa, ya que la Bolsa de Valores en el Perú tradicionalmente ha negociado valores a través del mecanismo de Rueda de Bolsa.

En cuanto a los caracteres específicos del mercado bursátil y extrabursátil —para una mejor comprensión del artículo 1248 del Código Civil—, particularmente interesa referirnos a la formación de precios.

En el mercado bursátil la formación de precios se verifica de acuerdo con las cotizaciones y con las leyes de oferta y demanda. Cotización es el precio que alcanzan los valores negociados en rueda y que sirve de precio base para las nuevas propuestas de venta o de compra.

La cotización, asimismo, puede distinguirse en máxima, media o mínima, y en cotización de cierre y cotización media trimestral. Según anota Vidal Ramírez[1363], la cotización máxima es el precio máximo alcanzado por un valor durante la rueda. La cotización media es el promedio de los precios en que ha fluctuado un valor durante la rueda. La cotización mínima es el precio mínimo registrado por un valor durante la rueda.

La cotización de cierre, en cambio, es el precio de un valor alcanzado en la última transacción realizada en rueda[1364]. La cotización media trimestral, por su parte, es el promedio ponderado de las cotizaciones que haya alcanzado un determinado valor en el curso de tres meses consecutivos, según el importe de las transacciones que intervienen para establecer el promedio[1365].

1363 Vidal Ramírez, Fernando. *La bolsa en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 1988, p. 116.

1364 Artículo 19 del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa, Resolución CONASEV n.º 00021-1999.

1365 Artículo 24 del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa, Resolución CONASEV n.º 00021-1999.

De otro lado, debemos señalar que las cotizaciones son establecidas respetando los márgenes del mercado, vale decir, los topes en los que pueden fluctuar los precios propuestos de compra o de venta.

En este orden de ideas, cabe preguntarse: ¿a qué tipo de cotización se refiere el artículo 1248 del Código Civil peruano?

Pensamos que la citada norma parecería referirse a la cotización de cierre, toda vez que su significado es el que presenta mayor cercanía al concepto de cotización.

En lo referente a la formación de precios en el mercado extrabursátil, ésta se lleva a cabo a través de las leyes de oferta y demanda, pero con la particularidad de no determinar la fijación de un precio base o cotización para las operaciones sobre el mismo título en la sesión de mesa siguiente, como sí ocurre en el mercado bursátil.

En el mercado extrabursátil, en tanto mecanismo de negociación de valores de renta fija, se establece tan sólo un precio de referencia, el cual es resultado de las operaciones que se han efectuado con relación a cada título.

Cabe señalar, además, que el precio de referencia se expresa porcentualmente a tanto por ciento del valor nominal del título.

Al establecer la primera parte del artículo 1248 del Código Civil peruano que el interés debe ser igual a la renta que devenguen los títulos valores en los que consta la obligación, es menester preguntarse ¿qué títulos valores generan renta?

La solución a dicha interrogante debe plantearse desde la perspectiva del Derecho Bursátil, toda vez que —en estricto— los títulos valores no generan renta, como en el caso de la letra de cambio, el cheque o el pagaré; sino dividendos, tratándose de las acciones; los intereses, en el caso de las obligaciones; o la obtención de un diferencial dinerario, tratándose de ciertos papeles comerciales. Empero, para el Derecho Bursátil la sola posibilidad de negociar un título valor hace suponer su rentabilidad.

Sobre el tema, enseña Vidal Ramírez[1366] que los títulos valores, según su rentabilidad, pueden ser de renta fija y de renta variable. Los valores de renta fija, como por ejemplo las obligaciones, son aquéllos cuyos rendimientos están previstos en el instrumento de su emisión, por periodos, y están determinados por una tasa de interés y no por el resultado económico del ejercicio.

En cambio, los títulos valores de renta variable, como las acciones de capital, son los que tienen su rentabilidad determinada por el resultado del ejercicio económico de la entidad emisora.

De acuerdo a estos razonamientos, pareciera que el artículo 1248 del Código Civil considera como títulos que no generan renta los títulos de renta variable, y

1366 Vidal Ramírez, Fernando. *La bolsa en el Perú. Op. cit.*, p. 155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

como títulos que generan renta títulos de renta fija. De este modo, en caso de que un título valor genere renta, como por ejemplo los bonos, certificados bancarios, papeles comerciales, entre otros, devengaría un interés cuyo monto sería el mismo que la renta que genere.

Así también lo ha expuesto la Casación n.° 3860-2001-Lima, de fecha 3 de septiembre de 2003, al señalar que, «El interés tratándose de bonos. *Segundo.* El bono es un título valor de renta fija que representa una obligación contraída por una empresa u otro ente emisor, que puede ser rescatado en un determinado plazo generando en ese transcurso una determinada renta o interés prefijado en el mismo título valor, ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 1248 del Código Civil en cuanto establece que cuando la obligación consiste en títulos valores el interés es igual a la renta que devenguen».[1367]

En cambio, si un título valor no genera renta, produciría un interés cuya cuantía o monto sería igual a la tasa del interés legal.

En este último caso, si el título valor está cotizado en bolsa, por ejemplo acciones Clase «A» de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta, se devengaría el interés legal sobre el valor de «cierre de cotización» del día que corresponda.

En caso de que el título valor no esté cotizado en Bolsa, se devengaría el interés legal sobre el valor que dicho título tenga en plaza.

Pensamos que cuando en el artículo 1248 se hace referencia al valor que tengan los títulos valores en la plaza «al día siguiente de su vencimiento», se incurre en un desacierto, toda vez que los valores que se transigen en rueda de bolsa (acciones de capital) no vencen. De allí que consideremos que el referido artículo habría debido expresar la frase «al día siguiente al que se genere la obligación».

Antes de finalizar nuestros comentarios, debemos recordar que el artículo 1248 del Código Civil se inspiró en el derogado artículo 311 del Código de Comercio peruano, que tenía por objeto establecer la forma en que debían calcularse los intereses moratorios cuando la obligación consistía en títulos o valores.

El mencionado artículo 311 del Código de Comercio, derogado por el propio Código Civil de 1984, establecía lo siguiente:

> Artículo 311.- Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal.
>
> Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución el día siguiente del vencimiento, o por el

1367 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 934. [Texto correspondiente a la tercera edición]

> que determinen peritos, si la mercadería estuviese extinguida al tiempo de hacerse su valuación.
>
> Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o en su defecto el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento.

Se ve claramente que el artículo 1248 del Código Civil es fruto de la inclusión en el Libro de Derecho de Obligaciones del tercer párrafo del derogado artículo 311 del Código de Comercio peruano.

De acuerdo con la interpretación que efectuamos del artículo 1248 del Código Civil, podríamos llegar a idénticas conclusiones sin esa norma, sobre la base de los restantes artículos relativos al tema del pago de intereses que contiene el propio Código, ya que dicho precepto constituye uno de los puntos de conexión entre el Derecho Civil y la normativa del Mercado de Valores.

Recordamos que los intereses a los que alude el artículo 1248 del Código Civil no se devengan de los títulos valores, sino de la obligación civil en ellos contenida, cuando exista mora en el pago.

Sostenemos que el artículo 1248 del Código Civil se refiere únicamente al caso de mora en el pago de la obligación contenida o representada en un título valor (y no en la entrega del título valor), porque de existir otro supuesto pasible de estar contenido en la hipótesis de dicha norma, se trataría, evidentemente, del pago de un interés lucrativo o compensatorio.

Finalmente, consideramos relevante traer a colación lo acordado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial, realizado en la ciudad de Lima los días 18 y 19 de julio de 2014, en donde se abordó el tema de la Nulidad de título valor por intereses usurarios y se determinó lo siguiente, «Primera Pregunta: Si se advierte que el título valor materia de cobro, en un proceso de ejecución o de cognición, contiene intereses superiores al permitido por ley, ¿el juez podrá declarar la nulidad del documento? El Pleno adoptó por Mayoría: "El juez deberá declarar la nulidad del citado documento, en el mismo proceso, de oficio, aun cuando tal hecho no haya sido alegado por la parte afectada y se advierta el mismo de modo evidente". Segunda Pregunta: Si como consecuencia de un contrato de mutuo, en el que ha consignado suma superior a la verdaderamente recibida, se emiten títulos valores, apareciendo de modo evidente una usura encubierta; y estos documentos son objeto de cobro de un proceso de ejecución o de cognición, ¿el juez podrá declarar la nulidad del título valor? El Pleno adoptó por Mayoría: "El juez declarará la nulidad del título valor, en el mismo proceso, en estricta aplicación de la norma especial —artículo 21 de la Ley de Título Valores—"».[1368]

1368 Loc. cit.

Limitación al anatocismo

Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

1. Fuentes nacionales del artículo 1249

Este artículo no registra antecedentes en ningún Código Civil ni Proyecto de Código Civil peruano anterior al Código Civil de 1936, que constituye su antecedente inmediato con el artículo 1586: «No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, de 1980, abordaba el tema en el artículo 27: «No puede pactarse la capitalización de intereses al momento de celebrarse el contrato, salvo que se trate de cuentas corrientes mercantiles y bancarias»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1269: «No puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas corrientes mercantiles y bancarias».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 regulaba el tema en el artículo 1216: «No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas corrientes mercantiles, bancarias o similares».

2. Análisis

Uno de los temas que mayor polémica y discusión ha generado, en materia de intereses, es el referido a su capitalización.

Por capitalización de intereses se entiende la adición de los intereses al capital, de suerte que en el siguiente periodo los intereses generan —junto con el capital— nuevos intereses.

Boffi Boggero[1369] señala que la expresión «anatocismo» deriva del griego *anatokismos* (*ana* 'repetición' y *tokos* 'cosa producida' o interés), que significa reduplicación de usura, aumento o repetición de un producto.

1369 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 403.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En opinión de Cárdenas [1370], se habla de anatocismo cuando los intereses impagos y vencidos se agregan al capital con el objeto de que generen a su vez nuevos intereses.

Según Josserand[1371], se designa con el nombre de anatocismo la capitalización de intereses de una cantidad de dinero, los cuales toman a su vez la posición jurídica de capitales y se convierten en productores de intereses, que son en realidad subintereses.

Señala Busso[1372] que el anatocismo existe cuando no hay solución de continuidad entre el devengamiento de un interés y su capitalización. Cuando por la intervención de una tercera persona tiene lugar un nuevo negocio jurídico que determina la capitalización, ésta no se halla comprendida en la prohibición del anatocismo. Si Pedro paga una deuda a Juan, que comprende capital e intereses, no hay inconveniente en que el crédito de reembolso que nace en favor del primero devengue de inmediato nuevos intereses, pues su crédito es de capital; las partidas de intereses que se hayan incluido, tenían el carácter de tales en el negocio primitivo, pero no lo conservan en la nueva relación jurídica que nace en razón del pago hecho por el tercero.

A su turno, Villegas y Schujman[1373] anotan que es requisito para la configuración del anatocismo que el acuerdo de capitalización de intereses deba producirse directamente entre acreedor y deudor. En consecuencia, si por la intervención de un tercero en el pago de la deuda originaria se estipula la capitalización de intereses en favor del acreedor, dicha estipulación no está comprendida en la prohibición del anatocismo.

Por otra parte, suele pensarse que la acumulación de intereses importa anatocismo.

En nuestra opinión, la acumulación de intereses supone tan sólo la adición de un interés a otro, mientras que la capitalización de intereses importa la adición o incorporación al capital de los intereses, los que pierden tal condición para formar un nuevo capital.

Acerca de la diferencia existente entre los conceptos de capitalización y acumulación, Busso[1374] expresa que en el Derecho argentino algunos fallos jurisprudenciales, alterando el concepto técnico de anatocismo, y siguiendo un procedimiento de simplificación de las ideas a los efectos de su aplicación práctica, llegan a considerar que allí donde haya acumulación de intereses extorsivos hay anatocismo.

1370 Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, tomo II, p. 257.
1371 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 523.
1372 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 326 y 327.
1373 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 148.
1374 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

ESTUDIO MARIO CASTIGLIONE FREYRE

No obstante lo señalado —agrega el citado autor—, capitalizar un interés es algo distinto a acumular dos intereses.

Sería, por ejemplo, el caso en el que los contratantes acuerden el pago de un interés compensatorio y, para el supuesto de mora, un interés moratorio adicional a aquél.

Sostiene Busso que ese interés suplementario no importa anatocismo, pues si bien añade un interés a otro, no lo añade al capital productor de intereses.

Otra cuestión a saber es si, en una operación periódica o a plazos, el convenio por el que las partes acuerdan que los intereses vayan incluidos en las cuotas en las que el precio debe ser amortizado, importa anatocismo.

Anota Busso —en criterio que compartimos— que jurídicamente el interés presupone una suma de dinero que es devengada periódicamente por el capital y que es distinta e independiente de él. Cuando un capital, por estipulación inicial de las partes incluida en la convención que genera la deuda, es acrecentado con nuevas sumas en razón del tiempo que su recuperación va a durar, y esas sumas forman con él un todo indivisible, no se puede decir que exista una deuda accesoria de intereses, pues falta a esos acrecidos la individualidad y la independencia necesarias para asignarles el carácter de tales. Hay en la operación un precio único que debe ser calificado en su totalidad como deuda de capital. El llamado interés matemático, que sirve para determinar el monto de cada una de las cuotas, no es jurídicamente un interés.

Dentro de tal orden de ideas, precisa aclararse que nuestra legislación prohíbe a los contratantes la estipulación anticipada sobre capitalización de intereses en el artículo 1249 del Código Civil, al establecer que no puede pactarse tal capitalización al momento en que se contrae la obligación principal (de la cual se derivan los intereses).

En efecto, el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación a la capitalización de intereses, al prohibir el pacto anticipado sobre anatocismo, con la excepción de los intereses correspondientes a cuentas bancarias, mercantiles y similares, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

De este modo, es posible concluir en que la capitalización de intereses —en nuestro ordenamiento jurídico— es legal, lo que se prohíbe es su estipulación anticipada, vale decir, la capitalización de intereses futuros, aquéllos que no han vencido al momento en que se intenta su capitalización.

Cárdenas[1375] señala que la razón de la ley es que exigiendo que se trate de intereses vencidos, el deudor se dará cuenta del incremento notable de su deuda; tratándose de intereses no vencidos, por el contrario, esta posibilidad no existe.

1375 Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, tomo II, pp. 258 y 259.

Puede agregarse que en el caso de intereses vencidos, todo se reduce a un préstamo nuevo que el acreedor hace al deudor; el acreedor podrá, en efecto, por el importe de los intereses vencidos, hacer un nuevo préstamo al deudor, como una operación distinta e independiente de la anterior; era preferible, entonces, no establecer una prohibición que las partes hubieran podido violar fácilmente.

De otro lado, la norma contenida en el mandato legal del artículo 1249 del Código Civil no es privativa de la ley civil peruana, pues prohibiciones —relativas o absolutas— sobre capitalización de intereses las encontramos en la legislación universal.

La prohibición del anatocismo encuentra sus orígenes en el Derecho romano.

Justiniano proscribió absolutamente al anatocismo, de suerte que los intereses devengados y no pagados no podían capitalizarse.

Esta prohibición fue acogida por el antiguo Derecho francés y por la legislación italiana del pasado.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la prohibición del anatocismo en algunas legislaciones fue relativa, esto es, se permitió bajo ciertas condiciones.

Al respecto, anota Busso[1376] que el Código francés modificó el sistema de prohibiciones absolutas del antiguo Derecho y aceptó la validez del anatocismo en determinadas condiciones.

En este sentido, expresa Laurent[1377] que la ley admite la capitalización, pero la condiciona con el fin de evitar los abusos del anatocismo. El anatocismo es lícito, en principio; son los abusos de éste los que son ilícitos.

Continúa señalando el citado autor que la prohibición de la capitalización de intereses puede concebirse en una época donde el préstamo a intereses era reputado como usura. Así, aquélla sólo puede comprenderse cuando los préstamos a intereses están autorizados, ya que si el cobro es legítimo, su capitalización también lo es.

En cuanto a las condiciones que el Derecho francés estableció en torno al anatocismo, enseña Laurent que, según el artículo 1154 del Código de Napoleón, es necesario un acuerdo especial o una demanda judicial para que los intereses puedan producir nuevos intereses.

Así las cosas, cabe preguntarse si el principio jurisprudencial por el que la demanda por el capital hace correr la de los intereses es aplicable al anatocismo, de modo que podría concluirse que la demanda por los intereses hace correr el interés de los intereses. Teóricamente —dice Laurent—, ello se puede sostener.

1376 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

1377 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 401.

EDITORIAL RODRIGO CASTILLO FREYRE

En efecto, si la ley que permite el anatocismo está considerando a los intereses como un capital, y como demandar los intereses es demandar el capital, consecuentemente, la demanda debería hacer correr los intereses de ese capital. No obstante ello, continúa Laurent, legalmente esto no sería posible, pues para que proceda la capitalización de intereses, éstos deben ser líquidos y estar vencidos, toda vez que esto último es otra de las condiciones para que los intereses produzcan intereses.

En el Derecho romano la prohibición del anatocismo se extendió también a los intereses vencidos.

Al respecto, anotan Villegas y Schujman[1378] que la prohibición de capitalizar los intereses vencidos fue considerada injusta, porque si el deudor para poder pagar al acreedor el capital e intereses adeudados debe tomar un nuevo préstamo frente a un tercero, el monto total de la nueva deuda generará intereses, por lo que no se justifica que le impida renovar su deuda con su acreedor en los mismos términos que podría convenir con un tercero.

Sobre el particular, Llambías[1379] indica que la prohibición respecto de los intereses ya vencidos fue poco razonable, y por ello el Derecho posterior sólo ha mantenido la prohibición del anatocismo respecto a los intereses futuros, o sea, a los aún no devengados al tiempo de intentarse su capitalización.

Así, algunas legislaciones disponen que no se incurre en anatocismo cuando la convención contempla intereses ya devengados en ese momento, como es el caso del Código francés (artículo 1154), del Código alemán (artículo 248) y del Código italiano (artículo 1283), entre otros.

El Derecho francés exige al anatocismo una tercera condición: la periodicidad en la que deben capitalizarse los intereses.

En este sentido, no puede pactarse que los intereses se capitalizarán a corto plazo (esto es, antes de un año), porque una capitalización en estos términos es la más ruinosa para el deudor.

Laurent[1380] anota que todo ello tiene una excepción: los intereses que se devengan de una cuenta corriente, pues la ley considera que el dinero no puede quedar improductivo, de modo que los banqueros pueden exigir el reembolso por balance de los saldos acreedores, pactando la capitalización de intereses en los términos más amplios.

De otro lado, resulta importante anotar los fundamentos en que se basa el principio que veda o limita el convenio sobre capitalización de intereses.

1378 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 149.

1379 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 235.

1380 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 410.

A decir de Laurent[1381], el deudor que con urgencia necesita dinero se ve obligado a aceptar todas las condiciones que a él se le impongan, esperando poder cumplirlas y sin conocer realmente los ruinosos efectos del anatocismo: la capitalización de intereses dobla la deuda en un corto plazo. El acreedor que ve a su deudor en la imposibilidad de cumplir lo debido, no estará interesado en poner fin al acuerdo, si no basta que el capital se doble o triplique; así la ruina del deudor se habría consumado.

En opinión de Busso[1382], si el anatocismo fuese extorsivo, se le prohibiría en forma absoluta. Cuando se señala que la capitalización de intereses otorga ganancias desmedidas al acreedor y despoja al deudor por aumentar extraordinariamente la productividad del capital, se está esgrimiendo un argumento que no tiene mayor solidez jurídica, ya que sólo refleja la realidad económica del anatocismo.

Agrega Busso que la verdadera razón por la que se prohíbe el anatocismo es porque éste constituye un medio que tiene el acreedor para sorprender a los deudores y obligarlos a la entrega del dinero por anticipado. Por ello, la ley hace bien en disponer la nulidad del pacto anticipado sobre anatocismo, ya que mediante éste se explota la ignorancia o la necesidad del deudor.

No obstante lo señalado, algunos autores propician la abrogación de las limitaciones o condiciones que la ley establece al anatocismo.

En este sentido, Villegas y Schujman[1383] anotan que el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial argentina, a fin de adecuar el artículo 623 del Código Civil de ese país a la realidad negocial contemporánea, propuso la modificación de dicho precepto por uno del siguiente texto:

> Se deben intereses sobre intereses si:
>
> (a) Se ha convenido la acumulación de los intereses al capital.
>
> (b) Se ha demandado judicialmente el cobro del capital. La acumulación de los intereses al capital ocurrirá en la fecha de la interposición de la demanda.
>
> (c) En los demás casos previstos por este Código.

De otro lado, debemos anotar que la norma prohibitiva de capitalización anticipada de intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil peruano es una de orden público, de suerte que el pacto que contraviene dicho mandato legal sería nulo. Ello, según lo previsto por el inciso 8 del artículo 219 de nuestro Código Civil.

Esta posición se expresó también en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial, realizado en la ciudad de Lima los días 23 y 24 de agosto de 2018, «El Pleno

1381 *Ibidem*, p. 399.

1382 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

1383 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 160.

adoptó por Mayoría los siguientes acuerdos: I "El artículo 1249 del CC es claro en su contenido normativo, la prohibición del pacto previo de capitalización de intereses no está dirigida a los bancos, estas entidades pueden capitalizar intereses en todas las cuentas en las que se reflejan las deudas de sus clientes. El artículo mencionado expresa que está permitido el pacto previo de capitalización de intereses en las "cuentas bancarias", la norma no hace referencia únicamente a cuentas corrientes bancarias, no pudiendo distinguirse donde la ley no distingue, en tal sentido constituye una autorización a los bancos para que capitalicen intereses en todo tipo de cuentas en las que se reflejen las deudas de sus clientes. II Si un banco o una persona ajena al sistema financiero, a la orden de quien debe hacerse el pago de un título valor emitido o aceptado en forma incompleta, precisa en los acuerdos optados (*sic*) que los títulos serán completados con los intereses que se generen hasta dicho día, dicho acuerdo es perfectamente exigible entre las partes, así, una vez completado el título valor con toda la deuda liquidada, incluido intereses, el obligado no puede cuestionar la capitalización de intereses realizada, porque precisamente se ha completado conforme a los acuerdos adoptados. Asimismo, se debe tener en cuenta los principios de literalidad, abstracción y autonomía que rigen en los títulos valores. III El artículo 1249 del CC es una norma de orden público, y dichas normas son imperativas (precisando que no toda norma imperativa es de orden público), y como tal son insustituibles o inderogables por la voluntad de los particulares al regular sus intereses, en ese sentido, el juez, teniendo presente su carácter de orden público, debe controlar de oficio la capitalización de intereses o anatocismo"».[1384]

Al respecto, Boffi Boggero[1385] expresa que los elevados fines morales de la prohibición del anatocismo permiten concluir en la anulación de toda cláusula que la contravenga.

A decir de Busso[1386], por la finalidad que persigue y por la naturaleza del problema social que aspira a remediar, la norma que prohíbe el anatocismo es de orden público y, en consecuencia, el acuerdo de partes no sería eficaz a efectos de capitalizar intereses en otras condiciones que aquéllas consentidas por la ley.

Agrega Llambías que la cláusula contenida en un pacto prohibido de esa índole es nula de nulidad absoluta, por ser este grado riguroso de sanción el que corresponde a la trasgresión de una norma de orden público. En consecuencia, resulta viable la repetición de lo pagado en concepto de intereses originados por el capital espurio, formado por una adición al capital.

Por otra parte, cuando el pacto que contraviene la norma prohibitiva del anatocismo esté contenido en una cláusula contractual, la nulidad de la que adolece

1384 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 934. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1385 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 404.
1386 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

dicha cláusula no invalidará la totalidad del contrato, ya que éste adolecería únicamente de nulidad parcial.

En tal sentido, anota Llambías[1387] que la nulidad de la cláusula prohibida importa sólo la nulidad parcial del contrato que vincula a las partes, porque se refiere a la obligación accesoria de pagar los intereses capitalizados en infracción de la ley: es una nulidad de la obligación accesoria, relativa a esos intereses, que deja intacta la validez de la obligación principal.

Adicionalmente, Busso[1388] señala que si el deudor hubiera pagado intereses de aquellos que la ley prohíbe, tendría a su favor una acción de reintegro por el valor de dichos intereses. Ese crédito podría ser compensado con las deudas que tuviera el propio deudor en concepto de intereses debidamente liquidados o de capital.

Luego de lo expuesto, nos corresponde señalar que el régimen de intereses en el Perú prevé un tratamiento diferenciado para las operaciones de crédito que realizan las entidades del sistema financiero nacional.

En efecto, las normas aplicables en materia de intereses difieren en función de la condición del agente que realiza la operación de crédito en la que aquéllos se establecen. De este modo encontramos que el régimen de intereses podría reseñarse de la siguiente manera:

Sistema financiero	Personas ajenas al sistema financiero	
Crédito bancario o financiero	**Crédito civil**	**Crédito comercial**
· Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley n.° 26702, del 9 de diciembre de 1996).	· Código Civil.	· Código Civil.
· Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Decreto Ley n.° 26123, del 30 de diciembre de 1992).	· Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Decreto Ley n.° 26123).	· Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Decreto Ley n.° 26123).
· Circulares del BCRP.	· Avisos y Circulares del BCRP.	· Avisos y Circulares del BCRP.
· Cartas Circulares de la SBS.		
· Otras normas.		· Código de protección y defensa del consumidor (Ley n.° 29571, del 1 de septiembre de 2010).

1387 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, pp. 236 y 237.
1388 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 326.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que la ley civil legisla sólo de manera supletoria a las operaciones crediticias que se realizan en el sector financiero.

Es por tal razón que el artículo 1249 del Código Civil exceptúa del principio que prohíbe la capitalización anticipada de intereses a las cuentas mercantiles, bancarias o similares.

Al respecto, Cárdenas[1389] señala que el Código Civil proscribe, en principio, el pacto de capitalización anticipada de intereses, si bien lo autoriza, excepcionalmente, en los casos de las cuentas mercantiles, bancarias y similares, según resulta de su artículo 1249. El artículo, que constituye una norma de orden público, alude al contrato de cuenta corriente mercantil regulado por el Código de Comercio, y al contrato de cuenta corriente bancaria. Debe dejarse constancia de que la expresión «similares», empleada en el artículo 1249, alude a cuentas corrientes abiertas en financieras, cajas y otras personas jurídicas debidamente autorizadas que operan en el sistema financiero.

En relación con el contrato de cuenta mercantil, el artículo 563 del Código de Comercio peruano prescribe que «Hay contrato de cuenta corriente mercantil, cuando dos personas que tienen que entregarse recíprocamente valores, estipulan convertir sus créditos en partidas de "Debe" y "Haber", de modo que sólo resulte exigible la diferencia final procedente de la liquidación».

Cabe señalar, además, que pueden ser materia de la cuenta corriente todas las negociaciones entre comerciantes, residentes o no en un mismo lugar, o entre un comerciante y otro que no lo es, y todos los valores transmisibles en propiedad.

En relación con el contrato de cuenta corriente, Rodríguez Azuero[1390] expresa que algunos autores afirman que dicho contrato no es más que un instrumento accesorio a un depósito irregular de dinero o a un contrato de apertura de crédito, en relación con cualquiera de los cuales la cuenta se limita a ser sustento técnico contable.

En opinión de Rodríguez Azuero, el contrato de cuenta corriente es una figura autónoma y principal, antecedente y sustento jurídico que permite, en especial, al depósito en cuenta, su normal funcionamiento.

Por el contrato de cuenta corriente bancaria, entonces, el cuentacorrentista queda facultado para hacer depósitos de dinero o títulos y disponer de los saldos a su favor derivados de la constitución del depósito o de otros contratos mediante el giro de cheques o en otra forma que haya sido establecida.

1389 Cárdenas Quirós, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». En *Ius et Veritas*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año V, n.º 8, Lima, junio de 1994, p. 22.

1390 Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios*. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1977, p. 154.

Por otra parte, en atención a las consideraciones que hemos venido anotando, puede afirmarse que en las operaciones del sistema financiero es lícito el convenio sobre capitalización anticipada de intereses.

De este modo, el pago de intereses (compensatorios o moratorios) en el sistema financiero se efectuaría de dos maneras.

Si se hubiese pactado capitalización de intereses, estos últimos se adicionarían al capital, para que al vencer el periodo de capitalización aquél —incrementado por los intereses— pueda ser liquidado. En el supuesto de mora del deudor, el interés moratorio se computará sobre el capital reajustado, adicionándose a éste mientras la mora persista.

Si no se hubiere convenido anatocismo, los intereses pactados se computarán sobre el capital original únicamente, debiendo ser pagados en la periodicidad acordada.

En relación con la capitalización de intereses en el sistema financiero, Vidal Ramírez[1391] señala que al normar el Código Civil el anatocismo, la prohibición del artículo 1249, que es norma de orden público, no rige cuando se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares. Esto significa que el anatocismo está prohibido tratándose de préstamos de dinero, sea mutuo civil o mercantil, pues el mismo Código Civil ha incorporado el préstamo mercantil derogando las disposiciones del Código de Comercio y unificando así ambos contratos (artículo 2112 del Código Civil). Esto significa, entonces, que el anatocismo sólo está permitido en el contrato de cuenta corriente, cuenta mercantil o cuenta bancaria, así como en otras similares.

En este orden de ideas, es menester anotar que entre las diferencias existentes en el tratamiento que nuestra legislación otorga al pago de intereses en el sistema financiero, se halla precisamente la cuestión relativa a la capitalización de intereses, según venimos señalando. Ello, en razón a la facultad que asiste a las empresas bancarias o financieras de convenir la capitalización de intereses al momento de contraer la obligación, frente a la prohibición ante la que se encuentran las personas ajenas al sistema financiero respecto al convenio sobre capitalización anticipada de intereses.

Cabe señalar que la jurisprudencia nacional en la Casación n.º 2916-98-La Libertad, de fecha 28 de mayo de 1999, ha determinado que no sólo las empresas del sistema financiero pueden capitalizar intereses sino también las asociaciones de vivienda y cajas de ahorro. «*Tercero.* Las Asociaciones Mutuales de Créditos para

1391 Vidal Ramírez, Fernando. «La capitalización de intereses». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano.* Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 322.

Vivienda y Cajas de Ahorro y Préstamos para Vivienda, denominadas Mutuales de Vivienda, en virtud de la legislación de la materia, pueden financiar operaciones de lucro como una entidad financiera, es decir similares a las operaciones bancarias, por lo que la prohibición de capitalización de intereses no le alcanza, ya que su anotada actividad comercial se encuentra prevista en la excepción del artículo 1249 del Código Civil, es decir que sí se puede pactar capitalización de intereses cuando se trata de cuentas mercantiles, bancarias o similares».[1392]

Ahora bien, es importante anotar otra de las diferencias que existen entre el régimen legal de los intereses del sistema financiero y el de las personas ajenas a éste.

El régimen de intereses para las personas ajenas al sistema financiero —según anota Olaya—[1393] se encuentra regulado sobre esquemas máximos que impiden a los particulares pactar tasas de interés compensatorio o moratorio que excedan los límites establecidos por el Banco Central de Reserva en atención al mandato legal a que se refieren los artículos 1243 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de esta entidad, bajo pena de reducción o, incluso, sanción penal para quienes incurran en dichos excesos.

Por otra parte, a diferencia del régimen legal que sobre intereses se ha establecido para las operaciones de crédito que realicen las personas ajenas al sistema financiero, las empresas bancarias y financieras pueden fijar libremente las tasas de interés que regirán sus operaciones activas y pasivas, observando los límites que, excepcionalmente, pueda establecer el Banco Central de Reserva del Perú.

Esta distinción de regímenes responde a los cambios no sólo económicos, sino político-sociales operados en nuestro país desde principios de la década de los noventa del siglo pasado. Nos referimos al abandono de políticas de intervencionismo del Estado y la puesta en marcha de un proceso de liberalización que permite el libre juego de las fuerzas del mercado y, en nuestro caso, que las tasas de interés para las operaciones del sistema financiero sean determinadas por la libre competencia.

Finalmente, cabe citar dos pronunciamientos emitidos por los tribunales de justicia peruanos. El primero de ellos señala que: «Conforme a la doctrina y al recto sentido de la ley, el artículo 1249 no se refiere, salvo el caso de la cuenta bancaria, a las operaciones crediticias que se realizan en el sector financiero, entendiéndose por tal a los bancos, empresas financieras, mutuales, cooperativas de crédito y, en general, a las instituciones que, autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, captan dinero del público para colocarlo a terceros; que en consecuencia dicha norma, como regla general, prohíbe pactar la capitalización de intereses en los contratos de cuenta corriente. El saldo deudor, cuyo pago se exige en autos,

1392 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 936. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1393 Olaya Nohra, Mauricio. *Op. cit.*

no deriva del cierre de una cuenta corriente sino de un préstamo de dinero por la suma a que se contrae el pagaré, resultando, por tanto, el pacto para la capitalización de intereses contrario al texto expreso de la ley, que no puede ser amparado de modo alguno porque contraviene el espíritu de la ley dirigida a evitar actos de usura por parte del acreedor»[1394].

En segundo término, se ha señalado que: «Las asociaciones mutuales de créditos para vivienda y cajas de ahorro y préstamos para vivienda, denominadas mutuales de vivienda, en virtud de la legislación de la materia, pueden financiar operaciones de lucro como una entidad financiera, es decir, similares a las operaciones bancarias, por lo que la prohibición de capitalización de intereses no les alcanza, ya que su anotada actividad comercial se encuentra prevista en la excepción del artículo 1249 del Código Civil, es decir que sí se puede pactar capitalización de intereses cuando se trata de cuentas mercantiles, bancarias o similares»[1395].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1394 Casación n.° 1126-97, La Libertad. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.
1395 Casación n.° 2916-98-Lima.

Validez del convenio de capitalización de intereses

Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

1. Fuentes nacionales del artículo 1250

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 750: «Los intereses debidos al menos por un año pueden producir otros intereses, si hay nueva convención»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1823: «No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2216: «Los intereses no pueden capitalizarse, sino después de dos años de atraso en su pago, y aún entonces mediante nuevo convenio que conste por escrito. Todo pacto en contrario es nulo»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 1823: «No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 670: «No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces, por medio de un convenio que conste por escrito»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1569: «No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un nuevo convenio que conste por escrito»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1586: «No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ello puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, de 1980, abordaba el tema en el artículo 28: «Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito con posterioridad al contrato de mutuo, siempre que medien no menos de dos años de atraso en el pago de intereses»; mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1270: «Es válido el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medien no menos de dos años de atraso en el pago de los intereses»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1217: «Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses».

2. Análisis

El artículo 1250 del Código Civil peruano autoriza el pacto posterior sobre capitalización de intereses que celebren acreedor y deudor.

En efecto, el referido precepto declara la validez del convenio sobre anatocismo cuando éste sea subsiguiente (no coetáneo) al momento en que se contrae la obligación de dar intereses y haya transcurrido por lo menos un año de atraso en el pago de éstos.

En este sentido, el artículo 1250 del Código Civil de 1984 reproduce la segunda parte del artículo 1586 del Código de 1936, al admitir que se capitalicen los intereses por convenio. Es ésta una facilidad que se acuerda en favor del deudor que, por ejemplo, no cuenta en un determinado momento con los recursos precisos para hacer el pago.

La norma dispone, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que el convenio puede celebrarse sólo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

Reiteramos que el pacto posterior sobre anatocismo debe versar únicamente sobre intereses exigibles, toda vez que nuestra legislación —en el artículo 1249 del Código Civil— prohíbe el anatocismo sobre intereses futuros, esto es, sobre aquéllos que no han vencido al tiempo en que se intenta su capitalización.

De este modo, resulta evidente que los contratantes al estipular dicho pacto tendrán en consideración el vencimiento de los intereses, es decir, el tiempo en el que éstos devienen exigibles.

Sobre el particular, Cárdenas[1396] anota que los intereses pueden ser capitalizados bajo ciertas condiciones, conforme al artículo 1250 del Código Civil: el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de los intereses. Se requiere, además, acuerdo posterior al vencimiento de los intereses y que la capitalización tenga lugar sólo sobre intereses vencidos y no por devengarse.

1396 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 258.

Otra de las cuestiones a saber acerca de la convención posterior sobre anatocismo es la referida a si ésta se encuentra limitada a los intereses del capital.

Sobre el tema, resulta de importancia recordar las expresiones de Aubry y Rau, citados por Busso[1397], en el sentido de que la capitalización sólo puede producirse por una vez: los intereses producidos por el capital primitivo pueden ser capitalizados y producir a su vez intereses; pero estos últimos —o sea los intereses de un interés capitalizado— no pueden ya acumularse al capital en virtud de una segunda convención posterior. Continúan señalando dichos autores que si bien el texto del artículo 1154 del Código francés admite que los intereses vencidos de los capitales pueden producir nuevos intereses, dicho precepto se refiere exclusivamente a los intereses del capital primitivo y no a los intereses de intereses capitalizados.

Demolombe[1398], a su turno, expresa que los intereses del capital no pueden producir intereses, porque éstos se consideran como generados del capital.

En consecuencia, dice Demolombe, los intereses del capital como los intereses de los intereses, son debidos desde la fecha de celebración de la convención o de la interposición de la demanda, según las reglas de los artículos 1154 y 1155 del Código francés. En el caso de los intereses, la ley se muestra más severa, ya que éstos, en efecto, serán debidos con anterioridad a su vencimiento.

A nuestro modo de ver, si se tuviera por cierto que sólo la deuda de capital permite ganar nuevos intereses, se estaría premiando al deudor moroso y castigando al acreedor que se vería privado del uso de los réditos de su capital. Más aún, se haría infructífera la suma acumulada por los intereses impagos.

En opinión de Baudry-Lacantinerie, citado por Busso[1399], una vez producida la capitalización de los intereses de un capital nos encontramos con que las sumas que antes eran interés se han convertido en capital, sin que se haya instituido un régimen legal especial al respecto. Añade el citado autor que el capital primitivo y el capital por incorporación posterior están equiparados ante la ley: si los intereses del primero son capitalizables, no tienen por qué dejar de serlo los intereses del segundo. La ley admite esta multiplicación indefinida del capital y la producción de intereses que en realidad son subintereses.

Por nuestra parte, consideramos que al regular la ley civil peruana las condiciones de validez del convenio sobre capitalización de intereses, sin distinguir si éstos son producidos por una deuda de capital o por una de intereses, es posible

1397 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 331 y 332.
1398 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXIV, pp. 665 y 666.
1399 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 332.

concluir que la limitación del anatocismo versa únicamente sobre los intereses futuros —según lo previsto en el artículo 1249 del Código Civil—.

De este modo, cuando por convenio los intereses que llegaren a devengarse de la deuda de intereses se adicionen a esta última, de suerte que el importe por los intereses impagos junto con los intereses devengados generará en el periodo siguiente nuevos intereses, nos encontraríamos frente a otro de los supuestos de anatocismo.

En efecto, según precisan Villegas y Schujman[1400], existen dos formas de anatocismo, a saber:

(a) Anatocismo *Conjuntus*, que importa la capitalización del interés ordinario al capital para hacerlo producir otros intereses.

(b) Anatocismo *Separatus*, que supone la formación de un capital con los intereses devengados para, a su vez, hacerlos producir nuevos intereses.

Anota Llambías[1401] que es justo permitir, si se prolonga la mora del deudor, que el acreedor pueda, de tiempo en tiempo, actualizar el monto de su crédito por capital e intereses, y ganar intereses sobre todo lo que se le adeude.

Adicionalmente, enseña Busso[1402] que en algunos casos, para establecer si determinados intereses se han devengado por una deuda de capital o una deuda de intereses, deben tenerse en cuenta las reglas que rigen a la imputación de pago.

En este sentido, encontramos que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1257 del Código Civil peruano, la suma que haya pagado el deudor debe imputarse primero a los intereses, luego a los gastos y finalmente al capital; de este modo, si queda un saldo impago —una vez cubiertos los intereses y los gastos—, por tratarse de un capital, éste rendirá intereses capitalizables en la periodicidad pactada.

Por otra parte, el artículo 1250 del Código Civil, como en el caso del artículo 1249, constituye una norma imperativa cuyos alcances no pueden ser recortados por la voluntad de las partes. Nada impide, sin embargo, que éstas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello.

De igual manera, Cárdenas[1403] señala que si bien el artículo 1250 del Código Civil es una norma de orden público, ello no es óbice para que el plazo mínimo de un año que él contempla sea ampliado por las partes.

1400 Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Op. cit.*, p. 148.

1401 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 241.

1402 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 327.

1403 Cárdenas Quirós, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 259.

Añade el citado profesor que el pacto de capitalización podrá renovarse sucesivamente, siempre que haya transcurrido al menos un año de atraso en el pago de los intereses. El deudor en cada oportunidad podrá pagar o prorrogar el pago, adicionándose en este caso los intereses al capital, según lo que el acreedor acepte.

Por lo demás, debemos anotar que la regla del citado precepto es reflejo de la tradición jurídica existente en materia de capitalización de intereses. En efecto, durante los dos últimos siglos las diversas legislaciones han mantenido una prohibición relativa respecto del anatocismo, sustrayendo —a su vez— al convenio posterior sobre capitalización de intereses, entre otras excepciones, del principio que veda al anatocismo.

Al respecto, Rodríguez Azuero[1404] señala que la posibilidad de capitalizar intereses se limita con frecuencia. Se estima que de no existir tales límites, llegarían a cobrarse intereses muy superiores a aquellos establecidos como máximo por la ley.

Sin embargo, en aras de una solución equitativa, algunas legislaciones consagran tal posibilidad, no en forma automática y sucesiva, pero sí una vez que haya transcurrido un determinado tiempo o frente a ciertas hipótesis.

A decir de Albaladejo[1405], el anatocismo económicamente es tratado como un caso de algo tan poco alarmante como el interés compuesto; pero jurídicamente la hipótesis no ha sido siempre mirada con buenos ojos por el legislador, que, incluso hoy, en muchos derechos extranjeros, le pone por lo menos trabas.

En este sentido, Llambías[1406] afirma que en el Derecho argentino el principio que veda la capitalización de los intereses no es absoluto; tiene las siguientes excepciones: a) capitalización admitida, dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; b) capitalización resultante de condena judicial y subsiguiente mora; c) capitalización en ciertos supuestos de Derecho Comercial; y d) capitalización autorizada por leyes especiales.

Expresa Busso[1407] que los fundamentos en razón de los cuales se admite el anatocismo en determinados casos fueron dados cuando se discutía el Proyecto de Código francés en el Consejo de Estado: si se acepta la legalidad del pacto de intereses —se dijo— no hay ninguna razón para impedir que los intereses devengados y vencidos constituyan un nuevo capital y devenguen nuevos intereses.

Agrega el referido autor que esos mismos conceptos fueron ampliados al discutirse el Código italiano de 1865: si el deudor paga puntualmente los intereses,

1404 Rodríguez Azuero, Sergio. *Op. cit.*, p. 308.

1405 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 74.

1406 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 237.

1407 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

el acreedor podría obtener provecho de esa suma facilitándola a un tercero: ¿por qué razón no se ha de admitir que se la facilite en préstamo al mismo deudor? A su vez, si éste quiere hacer honor a su crédito y no tiene dinero para pagar los réditos de su deuda, deberá contraer con un tercero un préstamo por esa suma en razón del cual tendría que pagarle intereses: ¿por qué no se puede admitir que su mismo acreedor anterior le otorgue ese nuevo préstamo?

Respecto de la capitalización admitida, dispuesta por convención posterior, expresa Llambías[1408] que la exigencia de «posterioridad» de la convención se refiere al devengamiento de los intereses capitalizables, ya que la prohibición del anatocismo sólo atañe a los intereses futuros, pero no está impedido convenir la capitalización de intereses ya vencidos.

Adicionalmente, señala Llambías que no es necesario que la convención ulterior sea expresa, pues podría concluirse tácitamente.

Busso[1409], a su turno, anota que los intereses pueden ser capitalizados en virtud de «obligación posterior». Debe entenderse que se requiere una convención posterior no sólo a aquella que hizo nacer la deuda sino también posterior al devengamiento de los intereses de cuya capitalización se trata. En pocas palabras: sólo pueden capitalizarse intereses vencidos. La ley prohíbe la estipulación anticipada de capitalización, pero no limita los efectos de las estipulaciones que se hayan realizado *a posteriori*. El único límite admitido es el de que la capitalización no podrá tomar los intereses antes de la fecha de su vencimiento.

De otro lado, se discute en doctrina sobre el efecto retroactivo que podría asignársele al pacto posterior sobre anatocismo.

Al respecto, Demolombe[1410] afirma —en criterio que compartimos— que si se admitiera la capitalización retroactiva resultaría que esos intereses habrían estado redituando durante un periodo de tiempo sin que se hubiera concluido la convención de capitalización que la ley exige.

Por otra parte, hemos de referirnos a una cuestión adicional, a saber: el tipo de interés capitalizable.

En cuanto al tipo de interés susceptible de capitalización, debemos señalar que un sector de la doctrina asigna esta condición al interés compensatorio únicamente.

En este sentido, Busso[1411] anota que en los casos en que se produce el anatocismo convencional, los intereses devengados por el capital acrecentado son intereses compensatorios.

1408 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-A, p. 237.
1409 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 331.
1410 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXIV, p. 666.
1411 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 332.

Por nuestra parte, estimamos que al no haber limitado o proscrito el Código Civil la capitalización de un determinado tipo de interés, puede concluirse que tanto el interés compensatorio, cuanto el moratorio o el legal, son intereses capitalizables.

En tal sentido, expresa Fernando Vidal Ramírez[1412] que los intereses susceptibles de capitalizarse son tanto los intereses compensatorios como los moratorios, pero siempre que se cumpla con la norma de orden público que contiene el artículo 1250 del Código Civil.

De igual manera, Cárdenas[1413] afirma que el artículo 1250 del Código Civil peruano establece las reglas a las que debe sujetarse la capitalización de intereses respecto de créditos concertados entre personas ajenas al sistema financiero: el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de intereses, sin formular la ley distingo alguno en cuanto a la naturaleza de éstos. Sólo cumplidos esos requisitos será posible la capitalización, cualquiera sea la naturaleza de los intereses.

Agrega el referido autor que la capitalización de intereses puede operar tanto respecto de los intereses compensatorios, como a propósito de los intereses moratorios o legales devengados, desde el momento en que el artículo citado no hace distinción alguna: *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que en lo concerniente al cómputo y cobro de los intereses moratorios se han suscitado múltiples cuestionamientos referidos a si éstos deben aplicarse sobre el capital e intereses, o únicamente sobre el capital.

En torno al tema, consideramos que, en principio, debe determinarse si los contratantes acordaron o no la capitalización de intereses, toda vez que si se pactó capitalización, de producirse el incumplimiento del deudor los intereses moratorios se podrán aplicar sobre el capital original incrementado por los intereses compensatorios capitalizados por el acreedor, los que, en rigor, dejan de ser tales para refundirse en el capital.

Si no se hubiere estipulado la capitalización de los intereses, sólo será lícito calcular los intereses moratorios sobre el principal.

Adicionalmente, cabe preguntarse si en un crédito pactado bajo el Sistema de Reajuste de Deudas en que el deudor incurre en mora, es factible la capitalización de los intereses, de modo que el índice de reajuste se aplique sobre los intereses ya capitalizados.

Al respecto, se ha dicho que el índice de reajuste de deudas correspondiente se aplica también al monto generado por el capital y los intereses que se han

1412 Vidal Ramírez, Fernando. *La bolsa en el Perú. Op. cit.*, p. 321.

1413 Cárdenas Quirós, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». *Op. cit.*, p. 22.

capitalizado, puesto que al perder los intereses su individualidad, formarán con el capital el llamado crédito reajustado.

Por último, cabe señalar que el artículo 1250 del Código Civil peruano, si bien permite la capitalización de intereses en los supuestos anotados, solamente regirá respecto de los intereses atrasados que se incluyan en él, mas no respecto a hipotéticos intereses aún no devengados y que no fueran pagados en el futuro.

El sentido del artículo 1250 es claro, al permitir una excepción al supuesto del numeral 1249, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ahí señalados, ya que podría darse el caso de que al propio deudor le convenga efectuar una refinanciación de su deuda en esos términos, antes que ver ejecutado alguno de sus bienes en virtud de una acción judicial que pudiese entablarle su acreedor para cobrar la deuda.

También debemos precisar que la capitalización de intereses prevista por el artículo 1250 del Código Civil únicamente podrá llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes, es decir, si ellas deciden celebrar un contrato (convenio) en tal sentido. De ningún modo se puede efectuar de manera unilateral.

Asimismo, anotamos que conforme al artículo 1250 del Código Civil, el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de los intereses. Se requiere, además, acuerdo posterior al vencimiento de los intereses y que la capitalización tenga lugar sólo sobre intereses vencidos y no por devengarse.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre este artículo al señalar que: «Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses»[1414].

Así también, se ha señalado que: «La nulidad del documento privado de reconocimiento de adeudo se debe desvirtuar, porque del propio documento aparece que se trata de un adeudo anterior que ha devengado intereses, los mismos que no generan nuevos intereses por el término de un año, y que, en todo caso, no se ha acreditado por la empresa demandante que los intereses devengados a la fecha de la firma del documento privado de reconocimiento de adeudo tengan una antigüedad menor a un año»[1415].

Antes de concluir nuestros comentarios, debemos precisar cuál es la relación entre las tasas efectivas y la capitalización de intereses, siendo este tema de suma importancia para el tráfico jurídico actual, en una época en donde es moneda corriente que las personas sean titulares de una cuenta bancaria o tarjeta de crédito.

1414 Expediente n.º 1228-94-Lima.

1415 Casación n.º 1234-2002-Arequipa.

EXTRACTO GRATUITO AREA

Para ser sucintos, diremos que una operación financiera es concertada en el régimen del interés compuesto si los intereses generados en cada período (llamado "período de capitalización"), se desembolsan o se suman al capital inicial en dicho período. La tasa de interés con la cual se calculan los intereses en este régimen se denomina tasa efectiva[1416].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1416 Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. *Curso de Finanzas*. Disponible en: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/pres_doc_basilea/Presentacion002/INTERES_COMPUESTO_TASAS%20DE%20INTERES.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Capítulo tercero
Pago por consignación

Consideraciones generales. Requisitos de la consignación

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

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

2.- Que, respecto del acreedor, concurran los supuestos del Artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas[1417].

1. Fuentes nacionales del artículo 1251

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 su artículo 852: «Para que las ofertas sean válidas es menester: 1° que se hagan a acreedores que sean capaces de recibir, o a los que tienen sus poderes; 2° que sean hechas por personas que puedan pagar; 3° que comprendan el total de la suma adeudada, de los devengados o intereses corridos, de los gastos líquidos y una suma para los no líquidos; 4° que el término esté vencido, si ha sido estipulado en favor del acreedor; 5° que se haya cumplido la condición con que se contrajo la deuda; 6° que las ofertas se hagan en el lugar designado

1417 Artículo vigente conforme a la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicado el 23 de abril de 1993. La referida resolución ministerial recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

ESCUELA DE DERECHO CASTILLO FREYRE

para el pago, y si no ha habido convención especial acerca del lugar, que se hagan en el de la residencia del acreedor, o en el de su domicilio; 7° que las ofertas se hagan ante un funcionario público»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2231: «El deudor puede consignar el pago, de todo, o de parte de la deuda, si se resiste el acreedor a recibirla; y queda desde entonces extinguida la obligación, en todo o en parte, según la cantidad consignada».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en los artículos 2915: «Cuando la obligación es de dar, se extingue por el pago hecho aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación o depósito de la cosa debida, en los casos y con las formalidades que este párrafo prescribe»; 2916: «Para que el deudor tenga derecho de consignar la cosa debida, es necesario que antes la haya ofrecido al acreedor, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a personas, cosas, lugar, tiempo y modo, se requieren para pagar válidamente»; 2920: «Hay también lugar a consignación: 1° Cuando el acreedor ha sido declarado o es notoriamente incapaz, al tiempo que el deudor quiere pagar; 2° Cuando el acreedor está ausente o es desconocido; 3° Cuando es dudoso el derecho del acreedor para recibir la cosa, y concurren otras personas a exigirla del deudor; 4° Cuando la deuda ha sido retenida en poder del deudor, y éste quiere exonerarse del depósito que causa la retención; 5° Cuando se ha perdido el título de la deuda; 6° Cuando el que debe el precio del inmueble que hubiere adquirido, quiere redimir las hipotecas con que se halla gravado».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordada el tema en el artículo 225: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negase sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.— Procede también la consignación en todos los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo efectuaba en el artículo 215: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.— La consignación procede sin necesidad de ofrecimiento previo al acreedor, cuando él esté ausente del lugar en que debe hacerse el pago, o cuando es persona incierta desconocida. El juez, previa constatación de la ausencia o incertidumbre de la persona, mandará notificar a ésta por el periódico oficial, y quedará con este requisito formalizada la consignación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1249: «Si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negara a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.— Procede también la consignación en los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido.— En el primer caso, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1258: «Si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negare

a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.— Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido.— En el primer caso, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago».

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 108: «Si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago.— Procede también la consignación en los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 108: «Si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad consignando la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.— También procede la consignación en los casos en que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1271: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad consignando la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.— También procede la consignación en los casos en que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1218: «Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.— Procede también hacer la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido».

2. Análisis

2.1. Concepto

La ley civil peruana otorga al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda, a saber: el pago por consignación[1418].

1418 Debe recordarse que cuando se contrae una obligación, ésta otorga al acreedor el derecho de exigir su pago y al deudor, el derecho de exigir a su acreedor que le reciba el pago de lo que debe. Ello en razón a que el deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho a hacerlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

La jurisprudencia nacional ha precisado en la Casación n.° 75-2015-Lima, de fecha 30 de septiembre de 2016, que, «La figura jurídica del pago por consignación [...] constituye una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. En este sentido, el Código Civil peruano regula esta figura como uno de los medios extintivos de las obligaciones».[1419]

Asimismo, la Casación n.° 683-2002-Lima, de fecha 30 de julio de 2003, ha precisado también que el pago por consignación es la posibilidad que tiene todo deudor de liberarse del vínculo «Resulta necesario conceptualizar la figura jurídica del pago por consignación la cual no viene a ser sino aquella posibilidad que tiene todo deudor de liberarse del vínculo obligatorio que lo mantiene atado, poniendo a disposición de la autoridad judicial el objeto de la prestación por negativa del acreedor a recibirlo».[1420]

Moisset de Espanés[1421] señala que el pago por consignación importa una demanda judicial. El deudor que desea liberarse y realiza la consignación, demanda para que el juez declare que esa consignación tiene fuerza de pago, es decir, que tiene fuerza extintiva de la obligación.

A entender de Cazeaux y Trigo Represas[1422], el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, dúplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar.

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

A decir de Busso[1423], el pago por consignación es un modo coactivo de realización de un derecho. Se trata de un pago impuesto forzosamente por el deudor al acreedor, que se cumple mediante el depósito judicial de la suma adeudada, y que se perfecciona en el curso de una instancia judicial con la aceptación del acreedor o con la aprobación del juez.

1419 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1420 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1421 Moisset de Espanés. Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 8.

1422 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 215.

1423 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo V, pp. 565 y 567.

Jorge Joaquín Llambías[1424] considera que el pago por consignación es un mecanismo —de necesaria intervención judicial— al que puede acceder el deudor o quien está legitimado para sustituirlo, para lograr su liberación.

Por su parte, De la Vega Vélez[1425] señala que en la legislación colombiana el deudor urgido de cumplir sólo tiene un medio de quebrantar en su favor la porfiada renuencia del acreedor: el pago por consignación, que se hace precisamente contra esa voluntad, y produce, sin embargo, la legítima extinción de la deuda, lo mismo que el pago real efectivo.

En opinión de Wayar[1426], el pago por consignación es la liberación coactiva del deudor que funciona cuando éste, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural.

Para Boffi Boggero[1427], hay ocasiones en que, sin mediar valla insalvable (caso fortuito, fuerza mayor), el deudor, aun con la mejor disposición de ánimo, se encuentra en dificultades para cumplir lealmente la prestación a que se había obligado. La ley instituye para esos casos el procedimiento del pago por consignación.

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

Según se ha dicho, la consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, opera con la ejecución de la prestación, la que —en nuestro ordenamiento jurídico— puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del depositario de los bienes adeudados, o con aquellas formas en las que el juez decide que debe efectuarse la consignación.

De allí que consideremos inapropiadas aquellas definiciones en las que se delimita la noción del pago por consignación en función del depósito judicial[1428].

1424 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 266.

1425 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 269.

1426 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 459 y ss.

1427 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 143.

1428 En este sentido, Puig Brutau, citado por Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 45 y ss.), señala que la consignación consiste en el depósito de la cosa que el deudor debe entregar, de manera que en lugar de quedar en poder del acreedor, quede en poder de la autoridad judicial y a disposición del titular del derecho de crédito.
Considera Pothier (Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, p. 137), a su turno, que la consignación es un depósito que el deudor, autorizado por el Tribunal hace de la cosa o de la suma que él debe, en manos de un tercero; agrega que la consignación no es propiamente un pago, pues el pago encierra esencialmente la traslación de propiedad de la cosa que se paga. La consignación no transfiere la propiedad de la cosa consignada a la persona del acreedor por cuanto este último no la puede adquirir más que recibiendo voluntariamente la cosa que le es ofrecida. Pero, a pesar de esto, cuando ella es válida, equivale al pago.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

Ahora bien, dentro de tal orden de ideas, debe precisarse el fundamento en que se basa el pago por consignación. A nuestro modo de ver, el derecho del deudor a pagar justifica la regulación que nuestra legislación otorga al pago por consignación.

Al respecto anota Wayar[1429] que el deudor no es solamente el sujeto obligado, sino que también tiene derechos, destacándose entre ellos el de obtener su liberación aun contra la voluntad del acreedor, al punto que por aplicación de esas premisas se ha declarado en los tribunales argentinos: «Es principio elemental que el instituto del pago por consignación tiene por objeto liberar al deudor de la obligación que contrajera en su hora, pese a que su acreedor se niega arbitrariamente a recibir el pago de su crédito».

En opinión de Ospina Fernández[1430], la justificación del pago por consignación es el interés que tiene el deudor en liberarse de sus obligaciones. Es justo —agrega el citado autor— que la ley consagre un procedimiento formal para establecer la mora creditoria y para que el deudor extinga su obligación, evite el devengamiento de los intereses, extinga las garantías reales que gravan sus bienes, evite una acción resolutoria por incumplimiento del contrato que genera su obligación, etcétera.

De igual manera, Demolombe[1431] señala que al deudor le interesa terminar con su obligación para desgravar sus inmuebles de una hipoteca, detener el curso de los intereses, recuperar el mueble que pignoró, librar la fianza que se comprometió para él. Evitar incurrir en una cláusula penal o en una caducidad; apartarse de los riesgos que están a su cargo, si fue intimado; o por la oportunidad de un aumento de los valores o de cantidades que él debe entregar, etcétera.

Sobre el tema expresa Laurent[1432] que el deudor está interesado en pagar para aumentar su crédito, ya que toda obligación atenta contra el crédito del deudor, pues la afectación directa o indirecta de sus bienes disminuye su solvencia.

A entender nuestro, el pago por consignación es uno de los medios extintivos de las obligaciones que no es, de acuerdo a nuestros criterios clasificatorios, de acuerdo a su idoneidad, el ideal, ya que al fin y al cabo constituye una situación

Con similar opinión, anota Beltrán de Heredia —que elabora su concepto a la luz de los preceptos del Código Civil español—, citado por Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 45 y ss.), que la consignación puede ser considerada como «[...] el depósito de la cosa debida, con las formalidades que la propia ley establece, después de haber ofrecido su entrega o directamente cuando este ofrecimiento no es posible por darse algunos de los supuestos que obstaculizan la oferta».

1429 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 46 y ss.

1430 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 404 y 405.

1431 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, pp. 51 y 52.

1432 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, p. 172.

anormal, derivada de la imposibilidad del deudor de pagar directamente al acreedor la prestación debida.

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

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

De este modo, y siguiendo a Ledesma Narváez[1433], debe tenerse en cuenta que el pago por consignación es un recurso excepcional. La norma es que el pago se efectúe en el plano de la actividad privada y con la sola actuación de las partes interesadas. Sólo cuando el deudor resulta coartado en el ejercicio de su derecho de pagar está autorizado a recurrir a la consignación judicial. De ahí que en el proceso a que esa consignación da lugar, el actor antes que nada tiene que justificar el motivo por el cual recurre a esa forma de pago excepcional. Sólo la «negativa injustificada» del acreedor autoriza al deudor a hacer la consignación judicial. Pero si la actitud del acreedor que no acepta el pago es legítima, se impone el rechazo de la demanda de consignación. Para estar autorizado a poner en movimiento el aparato judicial, el deudor tiene que mostrar una justificación. A falta de ella, si el acreedor pide el rechazo de la consignación, corresponde rechazarla.

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

De acuerdo a su normalidad, estimamos que el pago por consignación, desde la óptica del rigor jurídico puede considerarse un medio normal de extinción de obligaciones, ya que él se encuentra previsto en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil, relativo al Derecho de Obligaciones.

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

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

2.2. Requisitos

2.2.1. Existencia de una obligación

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

1433 Ledesma Narváez, Marianella. «Requisitos para el pago por consignación». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 583.

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

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

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

Sin embargo, en caso de que la obligación fuese una de hacer propiamente dicha, es decir, que no concluyera en un dar, y tratándose de una obligación de no hacer, sin duda alguna, no sería posible el depósito de la deuda. Empero, la ley peruana prevé para estos casos mecanismos alternativos. Ello, en razón de la normativa de nuestra ley procesal[1434].

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

Sobre el particular, Cazeaux y Trigo Represas[1435] señalan que un sector de la doctrina se manifiesta por la negativa, entendiendo que antes del pago voluntario la obligación natural no implica un vínculo jurídico, razón por la cual mal podría servir de sustento para un acto liberatorio.

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

De otro lado, debemos señalar que la consignación en las obligaciones de dar bienes inciertos es un tema que ha preocupado desde tiempo atrás a la doctrina. Ejemplo de esta preocupación son las expresiones que Demolombe vierte sobre el tratamiento que recibió la materia en el Código Napoleón[1436].

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

1434 El inciso 3 del artículo 807 del Código Procesal Civil de 1993 señala que tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes. A mayor abundamiento ver: Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Op. cit.*, tomo III, p. 786.

1435 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 217.

1436 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVIII, pp. 124-130.

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

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

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

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

Reglas similares operan en el caso de obligaciones alternativas. Aquí también la duda sobre la prestación a cumplirse se despeja en la elección, aplicándose, por mandato del artículo 1162 del Código Civil, las normas enunciadas para las obligaciones de dar bienes inciertos previstas por el artículo 1144 del mismo Código. Nada impediría, en consecuencia, la consignación por el deudor.

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

2.2.2. Voluntad de pago por parte del deudor

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

Anota Wayar[1437] que si no hay ofertas reales de pago no podrá el deudor saber si existe o no imposibilidad de efectuar un pago «en manos» del acreedor. Así, sólo en caso de que el pago directo al acreedor se torne imposible, el deudor deberá promover demanda y efectuar el depósito judicial de lo adeudado; y con ello habrá dado el segundo paso hacia su liberación.

En este sentido, Laurent[1438] señala que la consignación debe ser precedida por ofertas reales, pues de lo contrario sería inoperante.

Por lo tanto, la consignación sólo procede cuando el acreedor rehúsa aceptar las ofertas reales. Únicamente si se ofrece el pago al acreedor, la consignación

1437 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 64-66.

1438 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 201.

que le sucede libera al deudor. De este modo, si el deudor quiere eximirse de responsabilidad debe empezar por ofrecer el pago de lo que debe.

2.2.3. Imposibilidad de efectuar un pago directo

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

Al respecto, expresa Llambías[1439] que «Siempre que el deudor o un tercero interesado, enfrenten una dificultad seria que impida el seguro ejercicio de su *ius solvendi*, están ellos legitimados para satisfacer el pago mediante un juicio por consignación».

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

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

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[1440] anotan que la negativa del acreedor a recibir el pago es el caso más típico y también más corriente en el diario acontecer.

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

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

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

1439 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 277.
1440 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 221.

Sobre el tema, señala Demolombe[1441] que los obstáculos que generalmente puede encontrar el deudor cuando quiere ejercer el derecho que tiene de pagar pueden ser el rechazo del acreedor a recibir el pago, por mala voluntad o porque pretende recibir más o algo distinto de lo que le quiere pagar el deudor.

Jorge Joaquín Llambías[1442], por su parte, agrega que el pago por consignación supone que el acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor.

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

Al respecto precisa Wayar[1443] que la doctrina sostiene que la negativa del acreedor se puede probar por cualquiera de los medios permitidos por las leyes procesales, incluso presunciones. Empero, en su opinión, ésta es una verdad a medias, pues en este caso la actividad probatoria estará encaminada a la demostración de un hecho negativo: la omisión del acreedor en recibir la prestación.

Ante ello, recuerda Wayar[1444] que J.J. Couture ha construido las llamadas pruebas *leviores* para los casos *dificilioris probationis*, en los cuales los jueces deben atemperar el rigorismo del Derecho, a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos. Los hechos negativos —señala— son objeto de prueba tanto como los expresados en forma afirmativa; lo contrario significaría entregar a la voluntad de las partes y no de la ley, la distribución de este aspecto de la actividad procesal.

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

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

1441 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, pp. 51 y 52.
1442 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo ii-B, p. 266.
1443 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo ii, p. 72.
1444 *Ibidem*, p. 74.

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

2.2.3.1. Negativa del acreedor a otorgar recibo

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

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

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

Debe recordarse que el deudor que carece de recibo, no obstante haber pagado, puede acreditar tal pago utilizando cualquiera de los medios probatorios que contempla el Código Procesal Civil de 1993. Sin embargo, para evitar que el deudor deba recurrir a la instancia judicial destinada a demostrar el pago, ante la negativa del acreedor a otorgar recibo, el deudor se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil[1445].

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

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

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

1445 Artículo 1230.- El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente [...].

Al respecto, Wayar[1446] considera que mediando pérdida, extravío o desposesión del título, que por el principio de necesidad debe ser presentado y entregado al momento del pago a la persona que concurre a efectuarlo, el deudor está facultado a consignar judicialmente la prestación debida.

Cazeaux y Trigo Represas[1447], a su turno, señalan que sucede corrientemente que los derechos del acreedor están —en buena medida— vinculados al título que sirve de instrumento y prueba de ello es el «título al portador».

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

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

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

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

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

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

A decir de Busso[1448], en los pagos ordinarios es factible que el deudor a quien se intima un pago, al hacerse efectivo éste, formule reservas, dejando a salvo su derecho a repetir lo que paga, o reservando el reconocimiento o ratificación de la deuda que ocasiona el pago. Ello, porque la reserva descarta la intención pura y

1446 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 105.
1447 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 224.
1448 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo V, p. 576.

simple de pagar, para abrir paso a una intención calificada o subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones.

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

Sobre el particular, expresa Busso[1449] que si el acreedor accede a dar recibo, pero incluye reservas, debe considerarse si esas reservas enervan o no el efecto liberatorio del pago, pues si sólo pretenden aclarar el sentido y alcance del recibo, no podrán ser objetadas, ya que aun aceptando el deudor el recibo en esas condiciones sus derechos no se ven perjudicados.

Cazeaux y Trigo Represas[1450] señalan que, muy particularmente, la negativa a dar un recibo liso y llano, o la pretensión de dar por otra deuda distinta a la que correspondía, o con agregados improcedentes, son todas circunstancias que han sido consideradas suficientes como para posibilitar la vía judicial de la consignación en pago.

2.2.3.3. Negativa del deudor a la remisión de la deuda

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

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

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

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

1449 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo v, p. 586.

1450 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo ii, p. 221.

2.2.3.4. Incapacidad del acreedor para recibir el pago

Otra de las circunstancias que habilita al deudor a intentar una liberación coactiva mediante el pago por consignación es la incapacidad del acreedor para recibir el pago, cuando evidentemente éste último no tuviere representante legal.

Recuérdese que uno de los principios que rige en materia de pago es que los incapaces no pueden efectuar ni recibir pagos válidamente. De allí que ante la incapacidad del acreedor, el deudor deba ofrecer el pago al representante legal del acreedor incapaz o, en su defecto, recurrir a la vía judicial para efectuar un pago por consignación[1451].

En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas[1452] sostienen que la incapacidad debe existir al tiempo del cumplimiento, pues si el acreedor incapaz al nacer la obligación se torna capaz a su vencimiento, sería plenamente válido el pago y no la consignación. Además, la posibilidad de consignar sólo juega ante incapaces carentes de representantes legales, pues de lo contrario el pago debe efectuarse a éstos últimos; siendo distinto el caso en que el deudor estuviese concursado o quebrado, por cuanto entonces el pago debe hacerse al representante legal de la «masa», que sustituye a aquél en el apoderamiento y disposición de los bienes[1453].

2.2.3.5. Ausencia del acreedor

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

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

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

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

1451 El artículo 1227 del Código Civil peruano establece que: «El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada».

1452 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 222.

1453 No obstante lo señalado, cuando el representante legal del incapaz (judicialmente declarado como tal) se encontrara ausente o bien no se tuviera certeza de quién es, consideramos que el deudor podría recurrir a la consignación.

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

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

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

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

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

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

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[1454] señalan que procede la consignación ante la simple ausencia del acreedor, cuando éste no se encuentra presente en el lugar donde debía efectuarse el pago, desconociéndose su actual paradero; no rige, en cambio, en las hipótesis de «ausencia declarada», en cuyo supuesto se nombra un «curador» con facultades para percibir los créditos del ausente; ni tampoco cuando se trata de ausencia con presunción de fallecimiento, caso éste en que se abre la sucesión del acreedor, y el deudor pasará a serlo de sus sucesores, deduciéndose de estos supuestos de acreedor ausente y de domicilio ignorado, que no resulta ya necesaria la previa oferta de prestación por el deudor, que de hecho deviene en imposible.

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

Por otra parte, la ausencia judicialmente declarada se encuentra regulada por los artículos 49 a 60 del Código Civil peruano de 1984, en cuyo caso el deudor que

1454 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 222.

desease pagar al ausente deberá ofrecer el pago al poseedor temporal de los bienes del ausente o al administrador judicial de éstos, en virtud del artículo 65 del Código Civil en el que se señalan los derechos y obligaciones de quien ha obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente[1455].

2.2.3.6. Incertidumbre en el derecho del acreedor

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

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

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

Al respecto, señala Llambías[1456] que: «El hecho capital que abre la vía del juicio por consignación es la duda razonable sobre la titularidad del crédito. El deudor tiene motivos serios para no saber quién es el verdadero acreedor. Y como quien paga mal puede verse precisado a pagar nuevamente, para evitar ese riesgo, él puede hacer un pago por consignación para que sea el Juez el que defina quién es el titular del crédito y tiene derecho para percibir el pago consignado».

De otro lado, anota Wayar[1457] que las dudas deben ser serias y razonables para entender que existe incertidumbre, ya que no cualquier duda autoriza al deudor a consignar.

A entender del citado autor, dudas razonables son aquéllas que se fundan en circunstancias objetivas que susciten inseguridad sobre la titularidad del crédito. Dudas serias son aquéllas fundadas en motivos reales y de entidad suficiente como para poner en peligro la eficacia extintiva del pago.

En opinión de Llambías[1458], lo que importa es la motivación de la duda; podría haber un solo pretendiente al cobro, pero quedar persuadido el deudor, en vista de las circunstancias, de que el acreedor pueda ser otra persona que tal vez él conoce. Y a la inversa, la sola concurrencia de varias personas al cobro no es un motivo suficiente para consignar, si el deudor no tiene duda alguna sobre quién es el verdadero acreedor. Lo que importa es el estado de duda fundada que pueda embar-

1455 Ver: Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 134-135. [Referencia correspondiente a la tercera edición]

1456 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 272.

1457 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 97.

1458 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 273.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

gar el ánimo del deudor. La actitud de los demás sólo es un factor que puede o no influir en la conciencia del deudor.

De igual manera, Cazeaux y Trigo Represas[1459] sostienen que el *factum* que abre en este supuesto la vía de la consignación es la existencia de una duda razonable sobre la titularidad del crédito. La razón estriba en que, como quien paga mal puede verse obligado a pagar dos veces, para evitar este riesgo, el deudor puede valerse del pago por consignación; pero la razonabilidad de este hecho queda diferida al órgano judicial competente.

Precisa Wayar[1460] que el derecho del acreedor debe ser simplemente dudoso y no necesariamente litigioso, vale decir, que no se requiere de un pleito entre los pretendidos acreedores, basta que sean varios los que invoquen frente al deudor el mismo derecho para que éste quede habilitado al procedimiento de consignación.

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

2.2.3.7. Desconocimiento de la persona del acreedor

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

Sobre el particular, Wayar[1461] anota que cuando el deudor desconoce quién es el acreedor, puede recurrir a la consignación. Advierte Wayar que no se trata de la inexistencia del acreedor, pues en tal supuesto se desintegraría el vínculo por falta de sujeto activo; el acreedor existe, pero el deudor no sabe quién reviste esa calidad.

Precisa el citado profesor que en el supuesto de que el deudor desconozca quiénes son los herederos de su acreedor, aquél está facultado para solicitar la apertura del proceso sucesorio, con carácter previo a la demanda por consignación, o bien en forma simultánea. Si, en cambio, el acreedor no hubiere fallecido, la demanda debe ser dirigida a persona desconocida, citándosela por medio de

1459 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 222 y 223.
1460 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 98.
1461 *Ibidem*, pp. 99 y ss.

edictos, en los cuales se deberá individualizar —con la mayor precisión— el crédito que se pretende pagar, a fin de facilitar la tarea de localización del acreedor. Agrega el referido autor que si no se presenta el acreedor, o no se logra su individualización, debe acudirse al procedimiento previsto para los ausentes, por lo cual habría que nombrar a un curador que lo represente, y es a éste a quien debe efectuarse el pago.

2.2.3.8. Tratándose de un crédito embargado

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

Cuando un tercero embarga el crédito que tiene el acreedor ante su deudor, se imposibilita la realización de un pago directo entre el deudor —que pretende liberarse— y el acreedor. Ello, en razón de que el embargo que recae sobre la deuda afecta el poder de crédito del acreedor[1462].

En lo referente al derecho del embargante de pedir el depósito judicial de lo adeudado, considera Wayar[1463] que no puede negarse este derecho a los terceros embargantes, pero siempre que la obligación fuere exigible respecto del deudor, ya que de lo contrario, si bien es admisible el embargo, no se puede obligar al deudor a pagar antes de que el vínculo se torne exigible. En tal caso, sólo se puede apercibir al deudor a que, una vez llegado el tiempo de pago, efectúe el pertinente depósito.

Por otra parte, coincidimos con Busso[1464] cuando señala que el deudor de un crédito que hubiera sido embargado —aun por orden de un juez de otra jurisdicción—, debe consignar ante el juez del lugar de pago, poniendo a disposición del juez embargante lo que hubiere consignado.

2.2.3.9. Tratándose de una deuda pignorada

Expresa Wayar[1465], en opinión que compartimos, que si el acreedor hubiera dado su crédito en prenda a sus propios acreedores, el deudor debe abstenerse de pagar a su acreedor, y si desea liberarse debe recurrir a la consignación, ya que en caso contrario el pago no sería válido. En tal eventualidad, la nulidad aprovecharía a los acreedores en cuyo favor se hubiera constituido la prenda; y a éstos el deudor estaría obligado a pagarles de nuevo.

1462 Recuerda Wayar (*ibidem,* pp. 100 y 101) que conforme enseña una calificada doctrina procesal, el embargo es una medida cautelar que «afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, *inter* se obtiene la pertinente sentencia de condena o desestima la demanda principal».

1463 *Ibidem. Op. cit.*, pp. 100 y ss.

1464 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo v, p. 580.

1465 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 104.

2.2.3.10. Redención de hipotecas

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

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

A decir de Wayar[1466], habiéndose admitido que el tercero adquirente de un bien hipotecado puede retener el importe de la hipoteca y depositarlo judicialmente en favor del acreedor, liberando así al bien adquirido del gravamen, se plantea la cuestión de saber si el tercero adquirente debe depositar el monto nominal o actualizado de la deuda. En este caso señala Wayar que debe estarse a lo que dispongan las cláusulas del respectivo contrato hipotecario. Pero si nada se dice en ese instrumento, se debe depositar la suma nominalmente pactada, y sólo proceder a la actualización si así lo resuelve el juez a pedido de parte y conforme a las circunstancias de la causa.

Por lo demás, en cuanto a la facultad del deudor para recurrir a la vía consignatoria, precisamos agregar que existen una diversidad de supuestos que autorizan a la consignación. Verbigracia, aquellos en los que el deudor no puede hacer un pago válido.

La jurisprudencia nacional ha señalado[1467], respecto al tema de los requisitos de la consignación, lo siguiente: «El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos: a) que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida o lo hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación, y, b) respecto del acreedor concurran los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas».

2.3. Características

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

1466 *Ibidem*, p. 107.

1467 Casación n.º 275-97-Lima. En diario oficial *El Peruano*, publicado con fecha 3 de abril de 1998, p. 607.

En nuestra opinión dichas características son las siguientes:

2.3.1. Es una forma excepcional de pago

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

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

A entender de Cazeaux y Trigo Represas[1468], la consignación es un remedio excepcional, ya que lo corriente es que el pago se realice con la sola actuación de las partes —*solvens* y *accipiens*— privadamente. De esta manera el procedimiento del pago por consignación se torna viable únicamente cuando el deudor aparece coartado en el ejercicio de su derecho a pagar, por la existencia de un obstáculo efectivo al cumplimiento directo y eficaz. De ahí que la mera posibilidad de que el acreedor pueda hacer difícil el cumplimiento, no habilita al deudor para pagar mediante consignación.

A decir de Boffi Boggero[1469], normalmente el pago se realiza entre las partes de manera privada, pero cuando se dan ciertos supuestos, el deudor tiene que apelar —por excepción— a este medio de cumplimiento.

En la misma línea de pensamiento, Wayar[1470] señala que la consignación es un remedio de carácter excepcional. Por regla general, el cumplimiento de las obligaciones y la disolución de los vínculos que ellas importan deben verificarse normalmente.

2.3.2. Es una facultad del deudor

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

Anota Busso[1471] que la consignación es un medio de liberación que el deudor puede utilizar. Es, en consecuencia, un acto facultativo.

En términos de Wayar[1472], *con los que concordamos a plenitud*[1473], el deudor no está obligado a efectuar la consignación judicial cuando el acreedor se niegue

1468 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 215 y 216.
1469 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 143-145.
1470 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 52.
1471 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo V, p. 566.
1472 Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 51.
1473 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO PEREZ

a recibir el pago o existan obstáculos que imposibiliten el pago directo. Se trata sólo de una facultad que, como tal, puede dejar de emplear.

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

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

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

En opinión de Wayar[1474], la consignación debe respetar los principios generales que gobiernan el pago. Esta figura no tendrá fuerza liberatoria si no concurren en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido.

2.3.4. Se trata de un proceso judicial

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

Es evidente que si el deudor agota todos los medios extrajudiciales a su alcance para efectuar el pago y aun así desea pagar, sólo tendrá por delante la vía judicial, a través de un proceso de consignación.

A decir de Wayar[1475], el pago por consignación se traduce, por naturaleza, en un procedimiento judicial. Puesto que se trata del ejercicio coactivo de un derecho (el que tiene el deudor para obtener su liberación), sólo será legítimo en tanto se dé intervención al órgano jurisdiccional competente. El deudor carece de facultades para imponer —privadamente y por la fuerza— el pago a su acreedor. Más aún, la actuación del deudor debe ajustarse a lo dispuesto en las leyes procesales, en cuanto a formas, términos, pruebas, etcétera[1476].

Añade el referido autor que el juicio de consignación es contencioso, por considerar que el depósito de las sumas debidas, sin que el acreedor tome participación

1474 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

1475 *Ibidem*, p. 50.

1476 Dentro de esta misma línea de pensamiento se pronuncia Moisset de Espanés (Moisset de Espanés. Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 9).

en el juicio, es insuficiente para configurar un verdadero pago. Es decir, resulta necesario que se respete el principio de contradicción, emplazándose al acreedor a contestar la demanda, y, si no lo hace, el juicio seguirá su curso y se aplicarán las reglas sobre rebeldía.

Al respecto, debemos señalar que la opinión de Wayar en el sentido de que la consignación necesariamente conlleva a un proceso contencioso, no resultaría aplicable al Derecho peruano. De acuerdo a la ley procesal peruana, el ofrecimiento de pago y la consignación se tramitan en proceso no contencioso[1477].

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

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

En efecto, el pago por consignación es, necesariamente, un acto jurídico, pero además es un acto procesal, pues requiere de la intervención del Poder Judicial para que pueda efectuarse.

A entender de Busso[1478] la consignación también constituye un instituto complejo. Simultáneamente concierne al derecho de fondo, ya que es un modo de extinguir obligaciones, y al procesal, por cuanto su realización implica diversas actuaciones que consideradas en su conjunto constituyen un procedimiento.

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

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

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

Con el Código Procesal anterior, si existía un proceso en trámite sobre la legitimidad o no del derecho de las partes, el juez reservaba resolver la consignación

1477 El inciso 7 del artículo 749 del Código Procesal Civil señala: «Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos: [...] 7. Ofrecimiento de pago y consignación. [...]».

1478 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo v, p. 565.

hasta luego de conocer el resultado del juicio respectivo (que, por citar un caso frecuente, podía consistir en un desahucio por ocupación precaria en el que quien ocupaba un inmueble alegaba la condición jurídica de arrendatario).

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

2.4. Actual normativa procesal sobre el pago por consignación

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

2.5. Personas con derecho a efectuar el pago por consignación

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

> Artículo 1222.- Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.
>
> Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago.

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

Sobre el tema, expresa Ospina Fernández[1479] que el pago de una obligación puede hacerse no solamente por el deudor, sino también por cualquier persona, esté o no interesada en el cumplimiento de la obligación, y aun contra la voluntad del deudor o del acreedor. En consecuencia, cualquier persona está legitimada

1479 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 405.

para efectuar el pago por consignación, pero, claro está, si se dan los requisitos especiales para la validez del pago.

Respecto a los requisitos que debe tener la persona del deudor consignante, Cazeaux y Trigo Represas[1480] consideran que se admite —en principio— que pueden consignar todas las personas que tengan algún interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Asimismo, se acepta que un tercero pueda también consignar cuando no le fuere aceptado el pago de una deuda. Pero, sin embargo, la consignación hecha por un tercero debe serlo en el carácter de tal y sin pretender investir la calidad de deudor, ya que de lo contrario se le posibilitaría por la vía de la consignación, el aprovechamiento de un estatus jurídico que no le correspondía y que el acreedor habría podido rechazar con todo derecho, oponiéndose al pago directo.

Precisan Cazeaux y Trigo Represas que la mayoría de la doctrina argentina, enrolada en la tesis que afirma que el pago es un acto jurídico, exige además que el consignante sea persona capaz, para poner al demandado a resguardo de cualquier eventual acción de nulidad o repetición. Ellos, en cambio, han considerado que el pago es por su naturaleza un hecho jurídico, y que, por lo tanto, es igualmente válido, pese a lo dispuesto en la ley, aunque el deudor sea incapaz. Pero esto no obsta a que coincidan con la mayoría de la doctrina, aunque por otros motivos, en la necesidad de que el consignante sea una persona capaz.

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

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

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

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

1480 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 218 y 219.

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

2.6. Momento en que debe efectuarse la consignación

En lo referente al momento en que debe efectuarse la consignación, señalamos con Demolombe[1481] que no habiendo determinado la ley ningún plazo entre las ofertas y la consignación, ésta —que es facultativa para el deudor— puede realizarla él mismo cuando lo juzgue conveniente: sea inmediatamente o después de las ofertas, o en un plazo más o menos largo, según su parecer. Pero anota que, sin embargo, dado que las ofertas reales sólo son liberadoras en tanto que están seguidas de una consignación, es de interés del deudor probar que sus ofertas reales son sinceras y que quiere estar libre para depositar lo antes posible.

Respecto al tiempo en que debe realizarse la consignación, Cazeaux y Trigo Represas[1482] señalan que el pago por consignación debe ser hecho en tiempo propio, es decir, no ser ni prematuro (anticipado) ni tardío.

2.7. Efectos prácticos del pago por consignación

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

2.7.1. Coloca al acreedor bajo una compulsión legal

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

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

2.7.2. Detiene el devengamiento de los intereses

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

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

1481 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 81.

1482 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo ii, p. 220.

hablar del pago de intereses moratorios en el supuesto de mora del acreedor, ni en el caso de un deudor no moroso.

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

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

Sobre el tema de los riesgos del depósito, Lafaille[1483] anota que el deudor queda exento desde un principio en cuanto a las responsabilidades que de tal consignación se derivan, las cuales pasan, por lo común, al establecimiento público encargado de la custodia.

Podemos señalar que el tema de la teoría del riesgo fue estudiado por nosotros en ocasión anterior, cuando analizamos el artículo 1138 del Código Civil peruano.

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

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

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

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

Es claro, con base en lo expuesto, que si el deudor procediese a efectuar la consignación de lo debido, se liberaría de los riesgos del caso, los que pasarían al

1483 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 351 y 352.

acreedor. Aquí dejaría de ser de aplicación el principio *periculum est debitoris* y entraría en juego el principio *periculum est creditoris*.

Naturalmente, todos estos supuestos parten de la premisa de que el bien a entregar se pierda sin culpa de las partes (acreedor o deudor), pues si se perdiese por culpa del acreedor, éste no tendría derecho de exigir la prestación debida, pero estaría obligado a pagar el íntegro de su contraprestación; y si el bien se perdiera por culpa del deudor, éste no tendría derecho a recibir la contraprestación, si la hubiere, y además confrontaría el eventual pago de una indemnización de daños y perjuicios.

2.7.4. Extinción de la mora debitoria

Si con posterioridad a ser constituido en mora, el *solvens* formula a su acreedor un ofrecimiento real de pago, cabe preguntarse si tal oferta es suficiente para extinguir la mora debitoria[1484].

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

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

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

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

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

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

1484 Anota Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 67) que la mora del deudor es la «[...] situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una relación de obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, o éste rehúsa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE S.R.L.

A nuestro entender, la persona con capacidad para determinar si la prestación todavía le resulta útil o no será el acreedor de la obligación. De allí que deba dejarse a salvo el derecho del acreedor de aceptar o rechazar el ofrecimiento tardío del pago por el deudor moroso. Consecuentemente, si desde la fecha de constitución en mora hasta el momento en el cual el deudor manifiesta su voluntad de pago, la prestación, lejos de ser necesaria, resulta inútil o perjudicial para el acreedor, éste podrá válidamente negarse a aceptar el pago, siendo improcedente, por lo tanto, la consignación.

Por su parte, Wayar[1485] considera que la mora es una situación esencialmente dinámica, ya que tiende a cesar o extinguirse. Así, entre los medios por los cuales la mora del deudor termina, se cuenta la consignación; pues, en efecto, si el pago directo no puede tener lugar por alguna de las causales previstas por la ley, le cabe al deudor, como es sabido, la posibilidad de consignar judicialmente la integridad de la prestación que adeuda. Si la consignación no es impugnada por el acreedor o es declarada válida por sentencia firme, producirá los efectos del verdadero pago, aniquilando de ese modo, por derivación lógica, los efectos de la mora en que pudo incurrir el deudor. Wayar destaca que la consignación sólo será válida o admisible cuando comprenda no sólo la prestación originaria, sino también las accesorias derivadas de la mora.

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

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

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

En este sentido, anota Wayar[1486] que del inmenso número de obligaciones que diariamente genera la vida de relación, sólo un número reducido de ellas son resueltas en los estrados judiciales, y es porque el cumplimiento de las obligaciones se verifica casi siempre con normalidad. No es común que el deudor encuentre obstáculos para efectuar un pago voluntario y espontáneo. Al contrario, sí es común que el acreedor espere confiado el cumplimiento y se vea frustrado por su deudor. Este fenómeno da lugar al estudio de la teoría del incumplimiento y de la mora debitoria; en tanto el otro fenómeno —menos común— por el cual el deudor se ve imposibilitado o frustrado en su pretensión de pagar y de liberarse, da lugar al estudio del pago por consignación y al examen de la mora creditoria.

1485 *Idem.*
1486 *Ibidem*, pp. 69 y 70.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.8. Análisis del nuevo texto del artículo 1251 del Código Civil

Debemos precisar que el Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993, modificó todos los artículos relativos al pago por consignación que recogía el Código Civil de 1984. Dicho Código procesal corresponde al Texto Único Ordenado que publicó el diario oficial *El Peruano* el 22 de abril de 1993, y que fue aprobado por R.M. n.° 010-93-JUS, Decreto Legislativo n.° 767, Decreto Legislativo n.° 768, Decreto Ley n.° 25869 y Decreto Ley n.° 25940.

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

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

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

Somos —y lo venimos manifestando desde hace muchos años—[1487] contrarios a reformas inconsultas, improvisadas y sucesivas de nuestra legislación civil, pues lo único que acarrean, usualmente, son problemas en la aplicación e interpretación de sus preceptos, al quebrar la armonía que inspira todo cuerpo legal.

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

Pero, producida la reforma, nos corresponde comentarla.

El texto original del artículo 1251 del Código Civil («Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para

1487 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*; Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984.* Lima: Palestra Editores, 2005; Castillo Freyre, Mario. *¿Por qué no se debe reformar el Código Civil?* Lima: Palestra Editores, Cátedra Garrigues-Universidad de Navarra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007; y Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje. (Cuarta parte).* Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. *Op. cit.* [La última referencia corresponde a la tercera edición]

hacer válidamente el pago.— Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido») era, sin vacilación alguna, mucho más técnico que el derivado de la reforma introducida por el Código Procesal Civil de 1993.

Esto, por varias razones:

(a) En primer lugar, el precepto primigenio no efectuaba una enumeración taxativa de los requisitos para que procediera la consignación. Ello daba lugar a que el tema tuviese la amplitud necesaria de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

(b) Por otra parte, no nos parece adecuado haber introducido en el inciso 2 del citado artículo el tema de la constitución en mora del acreedor, pues ambos conceptos, éste y el del pago por consignación, son de naturaleza diversa, no obstante tener puntos de referencia y aplicación práctica comunes.

(c) En el propio inciso 2 del artículo 1251, cuando se efectúa una enumeración de los diversos supuestos en los cuales se entiende que hay negativa injustificada del acreedor a recibir el pago por parte del deudor, el Código Procesal Civil ha errado al efectuar tal enumeración, porque ella es incompleta, ya que faltan múltiples hipótesis que, para efectos de la interpretación del inciso 2, tendrían que incorporarse en la denominación final de «conductas análogas».

(d) Existe flagrante contradicción entre el texto del nuevo artículo 1251 y el artículo 1254 acerca del momento en el cual el deudor se libera.

El artículo 1251 señala que tal situación se produce con la consignación, mientras que el artículo 1254 establece que el deudor se libera cuando la oposición del acreedor es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, o cuando el deudor no se opone al ofrecimiento, en ambos casos con efecto retroactivo a la fecha de dicho ofrecimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Clases de ofrecimiento

Artículo 1252.- El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.

Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviere impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale[1488].

1. Fuentes nacionales del artículo 1252

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a los requisitos para la eficacia de la consignación, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Quinta: «*Deue poner aquellos marauedis señalados en fieldad de algund ome bueno, o en la Sacristania de alguna Eglesia*».

El artículo 1252 del Código Civil peruano 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 el artículo 853: «Para la validez de la consignación se necesita: 1° Que haya sido precedida de una notificación al acreedor, con el

1488 Artículo vigente conforme a la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993. La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992. También fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. [Texto actualizado correspondiente a la tercera edición]

señalamiento del día, hora y lugar donde la cosa va a depositarse. 2º Que el deudor se enajene de ella juntamente con los intereses corridos hasta el día del depósito. 3º Que se haya formado una sumaria dirigida por el juez competente, de la naturaleza de las especies ofrecidas, de la repulsa del acreedor, de su no comparescencia, y en fin del depósito. 4º Que en el caso de no comparecer el acreedor, se le notifique venga a sacar la cosa ofrecida»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 2232: «Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo, se requieren para hacer válidamente el pago.— La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose una acta de todas las circunstancias del depósito»; y el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2917: «La consignación debe verificarse con citación del acreedor conocido que se encuentra en el lugar del pago o en la persona que el juez designe y extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito. Si el acreedor no es conocido, o está ausente, se debe citar a sus representantes legales; y si éstos se hallan también ausentes, o son desconocidos, se notifica al acreedor por medio de carteles, y donde haya periódicos por medio de los que designe el Juez, y mediante el tiempo que él mismo señale».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba la materia en su artículo 226: «Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, en el primer caso del artículo anterior, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago.— La consignación debe verificarse en todo caso con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose un acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales en dinero y valores mobiliarios, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones, y a falta de ésta, en la de los representantes designados por la misma Caja, de acuerdo con la ley que organiza esta institución»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 216: «Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, en el primer caso del artículo anterior, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago.— La consignación debe verificarse en todo caso con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose un acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales en dinero y valores mobiliarios, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones, y a falta de ésta, en la de los representantes designados por la misma Caja, de acuerdo con la ley que organiza esta institución»; y en el artículo 304: «El interés legal del dinero, para los casos en que no haya convenio expreso, es el de seis por ciento al año»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en los artículos 1250: «La consignación debe verificarse con citación del

ESTUDIO ANTONIO CASTRO LEYVA

acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones»; y 1314: «El interés legal del dinero para los casos en que no hay convenio expreso es el de seis por ciento al año»; y el Código Civil de 1936, en los artículos 1259: «La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones»; y 1325: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año». El texto de este último precepto fue posteriormente modificado por la Ley n.º 23413, habiendo quedado, hasta la derogatoria del Código de 1936, el 14 de noviembre de 1984, con la redacción siguiente: «El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.— Las consignaciones judiciales y administrativas que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 contemplaba el tema en su artículo 109: «La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 109: «La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1272: «La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1219: «La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.— Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal».

2. Análisis

2.1. El texto original del artículo 1252 del Código Civil de 1984

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1252 del Código Civil era el siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE S.C.

> Artículo 1252.- La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.
>
> Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal.

El artículo 1252 del Código Civil peruano de 1984, en su texto original, se encargaba de establecer la forma como debía verificarse la consignación. En tal sentido, señalaba que ésta debía efectuarse:

2.1.1. Con citación del acreedor

Uno de los elementos fundamentales en materia de consignación es la citación del acreedor. Tal emplazamiento hace posible el ejercicio de las facultades que la ley procesal peruana otorga al acreedor, a saber: la aceptación total o parcial de la consignación, el retiro de la consignación, solicitar su nombramiento como depositario de los bienes consignados, formular oposición a dicho pago, entre otras.

Por lo demás, la consignación supone la existencia de una relación jurídica patrimonial entre el consignante y el consignatario. Por ello, aun cuando no se sepa a ciencia cierta si el acreedor tiene o no tal calidad o si la prestación es la debida o no, debe notificarse al supuesto acreedor.

2.1.2. En la persona que la ley o el juez designen

El texto original del artículo 1252 del Código Civil señalaba que cuando se tratase de depósitos de dinero o valores, la consignación debía efectuarse en el Banco de la Nación.

Cabe señalar, además, que el precepto bajo comentario disponía que el dinero o valores consignados en el Banco de la Nación devengarían el interés legal.

Por otra parte, el juez debía intervenir para designar la persona a quien debía entregarse lo consignado, cuando la prestación adeudada no consistiese en sumas de dinero o valores. En este supuesto, el juez nombraba a un depositario que custodiase los bienes consignados.

2.1.3. Extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito

Dada la importancia del depósito, de no tratarse de dinero o valores, debía extenderse acta de todas las circunstancias en que se hubiera realizado dicho depósito, a fin de resguardar —de la mejor manera posible— tanto los intereses del supuesto deudor depositante, como los intereses del supuesto acreedor.

Es necesario señalar que el texto original del artículo que estamos comentando imponía al Banco de la Nación, en el caso de la consignación de sumas de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dinero, la obligación de pagar intereses legales. El precepto era de innegable justicia, pues dicha institución bancaria estaba en aptitud de utilizar el dinero depositado. Mientras se discutía la procedencia o no de la consignación, podía transcurrir un lapso en el que ninguna de las partes hiciera uso de esos bienes (justamente, por encontrarse en litigio).

Como se verá más adelante, el nuevo texto del artículo 1252 ha eliminado esta obligación, pero a pesar de esta omisión ella subsiste en virtud del artículo 807, inciso 1, del Código Procesal Civil de 1993[1489].

2.2. Análisis del nuevo texto del artículo 1252

Como antes lo expresáramos, el texto original del artículo 1252 del Código Civil peruano de 1984 fue modificado por el Código Procesal Civil de 1993, y, luego, por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, en el año 2018, habiendo quedado con la siguiente redacción:

> Artículo 1252.- El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.
>
> Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.
>
> El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Debe aclararse, en primer lugar, que el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil peruano modifica sustancialmente el tenor original de la norma.

En tal orden de ideas, el esquema planteado por el precepto es el siguiente:

1489 El inciso 1 del artículo 807 del Código Procesal Civil regula la forma en que debe efectuarse la consignación de una prestación consistente en la entrega de valores o sumas de dinero. En este caso, el ofrecimiento consistirá en la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. Cabe señalar, además, que conforme dispone la referida norma, el dinero consignado devengará el interés legal. A mayor abundamiento ver: Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Op. cit.*, p. 786.

2.2.1. Clases de ofrecimiento

Se efectúa una distinción entre dos clases de ofrecimiento: judicial y extrajudicial.

2.2.1.1. Ofrecimiento judicial

A través del segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1252 se establece que este tipo de ofrecimiento de pago procede en determinados casos, que la norma se encarga de enumerar:

2.2.1.1.1. Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor

Consideramos que es éste un supuesto exótico.

Ni en nuestra práctica profesional, ni en la realidad de los hechos se encuentran obligaciones en cuyos títulos o causas fuentes acreedor y deudor hayan pactado que el ofrecimiento deba hacerse a través de la vía judicial.

Esta situación no se da, sencillamente, por varias razones.

Pactar un ofrecimiento judicial obligatorio no tendría sentido alguno puesto que entorpecería la manera en que el deudor debe cumplir la obligación. De no encontrarnos en ninguno de los otros supuestos o hipótesis del artículo 1252 del Código Civil, y al estar el deudor en aptitud y capacidad para efectuar el ofrecimiento de pago a su acreedor, resulta inconcebible que la ley establezca como posibilidad —y más aún, que las partes recurran a ella— el hecho de que el deudor deba acudir al juez para, por su intermedio, ofrecer al acreedor la prestación debida.

Creemos que la ley ha previsto una hipótesis de laboratorio muy ajena a supuestos imaginables, por lo menos entre personas capaces.

Por ello, consideramos que este primer supuesto de ofrecimiento judicial resulta absurdo y que nunca debió ser incorporado como nueva norma del Código Civil.

2.2.1.1.2. Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago

Ante todo debemos tratar de precisar qué ha querido dar a entender el Código Civil —en su modificatoria— como «forma de hacer el pago».

Creemos que cuando el precepto alude a la «forma de hacer el pago», se está refiriendo a la manera o modo en que éste debe ser efectuado.

Sobre este particular nos corresponde expresar algunas consideraciones.

Como sabemos, las obligaciones, según su naturaleza, pueden ser de dar, de hacer o de no hacer. Es claro, por lo tanto, que cada una de ellas deberá ejecutarse dando, haciendo o no haciendo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tampoco deja duda el hecho de que al momento de contraerse la obligación debe haberse señalado el contenido de la prestación a ejecutar, razón por la cual será precisamente esa prestación la que tendrá que ser cumplida. Ahora bien, al establecerse en qué consiste la prestación no habrá necesidad de precisiones adicionales acerca de la manera en que ésta deba ejecutarse, ya que ello resultará obvio.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que el segundo supuesto de ofrecimiento judicial previsto por el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil peruano no sólo resulta innecesario, sino que constituye una previsión que atenta contra la técnica jurídica.

Si la manera de ejecutar la prestación, en efecto, no hubiese sido establecida de modo que se pueda deducir del título de la obligación, estaríamos ante una prestación absolutamente indeterminada, esto es, no susceptible de determinarse, lo que acarrearía la nulidad de la propia obligación.

Por ello creemos que esta segunda hipótesis de ofrecimiento extrajudicial tampoco debió ser incluida en el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil.

2.2.1.1.3. Cuando por causa que no sea imputable al deudor, éste estuviera impedido de cumplir la prestación prevista

Este tercer supuesto de ofrecimiento judicial de pago tendría sentido sólo en caso de que la causa no imputable al deudor —que impide el pago— sea temporal.

De lo contrario, no será posible hablar de ofrecimiento alguno, ya que la imposibilidad de la prestación genera efectos totalmente distintos.

De este modo, si la causa no imputable que impide al deudor efectuar el pago es pasajera, el deudor estará imposibilitado de cumplir en el momento oportuno, y deberá comunicarlo a su acreedor. Este acreedor no podrá constituir en mora al deudor por faltar uno de sus requisitos constitutivos: la culpa.

En tal supuesto, el acreedor podrá optar por esperar que cese la causa no imputable pasajera y que el deudor cumpla con él —en caso de que el cumplimiento tardío todavía le sea de interés o utilidad—, o por dejar sin efecto la obligación, liberándose del cumplimiento de su contraprestación, si la hubiere.

Ahora bien, si la causa no imputable que impide al deudor efectuar un cumplimiento oportuno es definitiva, es decir, irreversible, la prestación se habrá extinguido y no habrá nada que cumplir.

Sobre la base de estas consideraciones estimamos inapropiado cualquier ofrecimiento judicial de pago, ya que no se puede ofrecer cumplir algo que no se tiene la certeza de que se vaya a poder realizar en el futuro.

Por las razones señaladas, consideramos que el tercer supuesto de ofrecimiento judicial contemplado por el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil, al constituir una *contradictio in adjectus*, no debió incluirse en la norma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1.1.4. Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete

Al analizar este supuesto debemos proceder con la mayor cautela. Lo que en él se establece es que procederá la consignación judicial «cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete».

Pero, podríamos formular al respecto el siguiente razonamiento:

Si para que el deudor cumpla resulta indispensable que el acreedor realice uno o más actos previos (como podría ser el caso del personaje famoso que tiene que posar personalmente para que lo retrate un pintor), sin la realización por parte del acreedor de esos actos, el deudor estaría imposibilitado de cumplir.

Consecuentemente, si para cumplir resulta necesario que el acreedor preste su colaboración, entonces no podría haber cumplimiento ni ofrecimiento judicial para pagar.

¿Acaso podríamos imaginar al pintor de nuestro ejemplo ofrecer judicialmente cumplir con la entrega de un cuadro que no ha podido y que tampoco podrá pintar si su acreedor no posa (colabora) para tal efecto? ¿Cuáles serían las consecuencias de un ofrecimiento judicial de esta naturaleza? ¿Acaso serían otras adicionales a aquéllas que pueden dar lugar a la constitución en mora del acreedor —situación para la cual no es, evidentemente, necesario recurrir a la vía judicial—?

Las interrogantes planteadas no tienen respuestas coherentes. Por eso esta cuarta previsión de ofrecimiento judicial de la consignación también resulta absurda.

2.2.1.1.5. Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto

Este supuesto, contemplado por el artículo bajo comentario como uno de los relativos al ofrecimiento judicial, si bien es cierto que constituye uno de carácter excepcional, a diferencia de los comentados precedentemente, resulta —a nuestro modo de ver— un precepto razonable en la ley civil peruana.

Por lo general, el deudor conoce quién es su acreedor. Esto, por la sencilla razón de que el nombre de tal persona o parte constará en el título constitutivo de la relación obligacional. Uno de los elementos de la obligación son los sujetos; y, dentro de tal orden de ideas, no hay obligación sin —por lo menos— un deudor y un acreedor.

Ahora bien, como sabemos, por lo general, al tiempo de constituirse la obligación el acreedor debe estar determinado o, por lo menos, ser determinable, según lo expresado en el referido título constitutivo.

Está claro que en la casi totalidad de los casos, el deudor de una obligación, al momento en que tenga que pagarla, conocerá perfectamente quién es el acreedor al que debe efectuar el pago. Pero podrían presentarse situaciones de excepción

en las cuales, si bien al momento en que se constituyó la relación obligatoria el acreedor haya sido conocido o susceptible de serlo, al tiempo en que se deba efectuar el pago la claridad de la situación no sea necesariamente la misma debido a las más diversas razones.

El supuesto que imaginamos como más probable es aquél en el cual al momento de haberse constituido la obligación el acreedor haya estado determinado, pero que en el intervalo hubiera fallecido, y el deudor, al momento en que deba pagar, desconozca quiénes son los sucesores de su antiguo acreedor.

Dentro del mismo orden de ideas, podría ocurrir que el mencionado deudor conozca quiénes son los sucesores del acreedor, mas no en qué porcentaje participa cada uno de ellos en la sucesión, razón por la cual no sabría con exactitud cómo verificar el pago.

También podría ocurrir que el acreedor, al tiempo de su fallecimiento, no deje herederos, vale decir, que al final sus bienes pasen a propiedad del Estado. En este caso, el deudor podría efectuar un ofrecimiento judicial por su derecho a liberarse de la obligación.

Aunque los casos anotados son los que con mayor probabilidad configurarían el supuesto del artículo 1252 del Código Civil, podrían imaginarse otros supuestos de acreedor desconocido o incierto.

2.2.1.1.6. Cuando se ignore el domicilio del acreedor

Recordemos que el Código Civil peruano de 1984 regula el tema del domicilio en sus artículos 33 a 41, en el Título IV del Libro I del Derecho de las Personas[1490].

Así, en la primera de las normas citadas (artículo 33) se establece que «El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar».

El artículo 34 prescribe que «Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto». El artículo siguiente señala que «A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos».

El artículo 36 dispone lo siguiente: «El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron»; en tanto que el artículo 37 señala que: «Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales»; el artículo 38: «Los funcionarios públicos

1490 Sobre este particular, recomendamos la lectura de la obra *Derecho de las Personas* del profesor Carlos Fernández Sessarego (Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las Personas*. 10.ª edición. Lima: Grijley, 2010). Remitimos también al lector a Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas*. *Op. cit.*, pp. 85-101. [La última referencia corresponde a la tercera edición]

están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.— El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional»; el artículo 39: «El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar»; el artículo 40: «El deudor deberá comunicar el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional dentro de los (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal que hubiere lugar —El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio— La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable»; y el artículo 41: «A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre».

Pero más allá de transcribir el contenido de las normas que sobre domicilio contempla el Código Civil peruano, en relación con el supuesto de ofrecimiento judicial de pago debemos señalar que en la mayoría de los casos el deudor no ignorará el domicilio del acreedor, ya que usualmente será el acreedor el más interesado en que el deudor sepa dónde pagarle. Sin embargo, es posible que el deudor realmente desconozca el domicilio del acreedor.

Para tales supuestos también debemos tener en cuenta las normas que el Código Civil peruano prevé en relación al lugar del pago (artículos 1238 y 1239).

Por regla general, el pago debe ser efectuado en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario. Vale decir, el acreedor debe dirigirse al domicilio del deudor para cobrarle. En este caso, obviamente, no podríamos hablar de la necesidad de que el deudor conozca el domicilio del acreedor, puesto que incluso si lo desconociese, tal situación no tendría relevancia alguna.

El problema surge cuando por pacto o por ley se ha establecido que la obligación deberá ser pagada en el domicilio del acreedor. Éste será el supuesto en el cual el conocimiento que el deudor pueda o no tener acerca del domicilio del acreedor adquirirá importancia.

Aquí también sería de aplicación analógica lo dispuesto por el artículo 1239 del Código Civil, en el sentido de que si el acreedor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el deudor podrá ejecutarlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Ahora bien, el supuesto del modificado texto del artículo 1252 del Código, se refiere al desconocimiento por parte del deudor del domicilio del acreedor.

Esto equivale a decir que si el acreedor cambia de domicilio, y el deudor —que debe pagar en el domicilio del acreedor— sólo tiene conocimiento del domicilio primigenio, dicho deudor podrá pagar en cualquiera de los dos

domicilios, pero por razones obvias sólo podría hacerlo en el original. Sin embargo, la situación prevista resultaría en la práctica imposible, pues ¿cómo podría pagarse en un lugar donde no se encuentra el acreedor, por más que la ley así lo establezca?

No obstante ello, debemos mencionar que no sería indispensable que el deudor efectuara el ofrecimiento judicial, pues bastaría con que cursara una carta notarial al primitivo domicilio del acreedor y constara bajo fe notarial que no fue recibida por no habitar allí la persona del acreedor. Este supuesto constituiría uno de mora creditoria.

2.2.1.1.7. Cuando el acreedor se encuentre ausente

En nuestro Derecho, el término ausencia, regulado por el Código Civil peruano, está previsto en el Título VI, que comprende los capítulos I, de Desaparición, y II, de Ausencia, en estricto[1491].

Ahora bien, la pregunta que nos corresponde formular en lo que respecta a este tema es si el nuevo texto del artículo 1252, al hacer referencia a «cuando el acreedor se encuentre ausente», está haciendo alusión a la ausencia judicialmente declarada, en estricto, o lo está haciendo en sentido amplio, es decir, refiriéndose a ella, pero además al supuesto de desaparición de la persona —judicialmente declarada— y también a la simple ausencia, es decir, a aquélla que se produce por la no presencia del acreedor en su domicilio.

Dar respuesta a esta interrogante no es fácil, pero consideramos, que la modificatoria al artículo 1252 ha querido comprender las situaciones descritas, en la medida en que a todas ellas resulta de aplicación la norma.

No obstante lo expresado, precisa aclararse que si el deudor que debe pagar, quiere hacerlo y encuentra que su acreedor se ha ausentado del domicilio señalado en el título de la obligación, podrá constituirlo fácilmente en mora y no recurrir a un proceso de ofrecimiento judicial de pago.

Ledesma Narváez[1492] señala que: «Se parte del supuesto de la no presencia del acreedor, en el lugar de su domicilio. Se sabe de la existencia del acreedor, pero no de su paradero, pues si se lo conociera habría que intimarlo a recibir el pago, si el acreedor guardara silencio o no cooperara para la recepción del pago. El campo propio de este supuesto se refiere a la simple ausencia cuando se ignora el paradero del acreedor».

1491 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 129-132. [La referencia corresponde a la tercera edición]

1492 Ledesma Narváez, Marianella. «Ofrecimiento judicial o extrajudicial». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 588.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1.1.8. Cuando el acreedor fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado

El tema de la capacidad e incapacidad de ejercicio era regulado tradicionalmente por el Código Civil peruano de 1984 en el Título V del Libro I, Derecho de las Personas, artículos 42 a 46.

Queda claro que el punto central de la incapacidad en relación con el pago de las obligaciones estaba dado por lo dispuesto en el artículo 45, que establecía que «Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela». Así, si un incapaz —absoluto o relativo— careciera de representante legal, y el deudor tuviera que pagarle, no podría hacerlo, por la sencilla razón de que dicha persona no tendría capacidad de ejercicio, y el pago deberá efectuarse, necesariamente, a su representante legal (padres, tutores o curadores, según fuere el caso).

Conviene recordar, además, que el Código Civil peruano prescribe, en su artículo 1227, que «El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada».

En tal sentido, es sumamente improbable que alguien pague en estas circunstancias, pues podría verse obligado a pagar nuevamente, siguiendo el aforismo latino de que «Quien paga mal paga dos veces».

Pero el Decreto Legislativo n.º 1384 varió radicalmente el tema de la capacidad, otorgando capacidad a las personas con discapacidad y creando un régimen de apoyos y salvaguardias. De ahí el texto en vigencia de este extremo y supuesto de ofrecimiento judicial contenido en el primer párrafo del artículo 1252 del Código Civil. Remitimos al lector a todo lo escrito sobre el particular en nuestras obras de personas, familia y sucesiones.

Dentro de tal orden de ideas, procederá el ofrecimiento judicial de pago cuando la persona contemplada en los artículos 43 o 44 del Código, a quien se tiene que pagar carece de representante, curador o apoyo designado.

Aunque no era indispensable establecer el principio legalmente, consideramos que de todos los supuestos de ofrecimiento judicial analizados hasta el momento, éste reviste mayor idoneidad o pertinencia.

2.2.1.1.9. Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores

Puede darse el caso de que un crédito sea litigioso o lo reclamen diversos acreedores.

En esta situación, el deudor obligado a pagar confrontará un grave problema, pues no sabrá a quién hacerlo en la práctica, ya que más allá de aquél a quien él

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

considere como el verdadero acreedor, la persona a la que pague no necesariamente será quien al final de cuentas resulte victoriosa en el problema o litigio existente en relación al crédito en cuestión.

Ahora bien, si de ofrecimiento judicial se trata, éste deberá efectuarse a todos aquellos comprendidos en la disputa o litigio sobre el crédito, de manera tal que el deudor se libere y no tenga ulteriores problemas.

2.2.1.1.10. Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido

Sin lugar a dudas podrían presentarse situaciones análogas a las descritas anteriormente por el parágrafo segundo del artículo 1252 del Código Civil peruano. A ellas alude la parte final del segundo párrafo del artículo comentado. No obstante, dada la exhaustiva enumeración del precepto, parece difícil encontrar supuestos adicionales.

Sobre el ofrecimiento judicial de pago, la jurisprudencia[1493] ha señalado que: «El pago por consignación sólo opera cuando la consignación se efectúa de la manera pactada en el título de la obligación; hecho que no se ha observado en el proceso no contencioso sobre ofrecimiento de pago y consignación, pues las cuotas pactadas en la línea de crédito otorgada por el Banco ejecutante tienen montos y condiciones de pago diferentes».

Finalmente, mediante la Casación n.° 1042-99-Lambayeque, de fecha 28 de noviembre de 1999, se ha precisado que el artículo 1252 del Código Civil se reserva para la consignación de suma de dinero y no para la entrega o consignación de bienes muebles, «Tratándose de la entrega de un bien inmueble por vencimiento del contrato de arrendamiento, la solicitud para dar cumplimiento a lo pactado se define conforme a las disposiciones del arrendamiento previstas en el Título Sexto, Sección Segunda, del Libro Sétimo del Código Civil, específicamente de acuerdo con las normas contenidas en los Artículos mil seiscientos noventinueve y mil setecientos seis y no aplicando el Artículo mil doscientos cincuentidós del mismo Código que resulta norma impertinente por estar reservada para la consignación de suma de dinero y no para la entrega o consignación de bienes inmuebles».[1494]

2.2.1.2. Ofrecimiento extrajudicial

En el tercer párrafo del artículo 1252 se señala que el ofrecimiento extrajudicial deberá efectuarse en la forma siguiente:

1493 Expediente n.° 99-13173-3019-Lima.

1494 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.2.1.2.1. De la manera que estuviera pactada la obligación

Hemos señalado anteriormente que, cuando el Código Civil hace referencia a la «manera», alude a la forma o modo en que el deudor debe cumplir con la obligación frente a su acreedor.

Dentro de tal orden de ideas, resulta obvio que si el deudor desea cumplir con la obligación asumida, deberá hacerlo de la manera prevista de acuerdo con el título de aquélla, con su naturaleza, con las circunstancias del caso o con la ley. También resulta evidente que si el deudor ofreciese cumplir en forma que no se ajustara a lo establecido en el título o acto constitutivo de la obligación o, en su caso, a las demás circunstancias enunciadas, el acreedor tendría derecho a oponerse, de acuerdo con el principio de identidad en el pago, ya que se estaría tratando de pagar con algo distinto al objeto de la obligación, o de un modo diferente.

2.2.1.2.2. En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado

En relación con este segundo supuesto contemplado por el tercer párrafo del nuevo texto del artículo 1252, debemos mencionar que no lo consideramos acertado por exigir formalidades innecesarias en las claras hipótesis que hemos desarrollado en el punto (2.2.1.2.1.) que antecede.

Queremos expresar, por lo demás, que el ofrecimiento de pago no tiene, en rigor, por qué efectuarse mediante formalidad alguna, ya que lo más común será que el deudor ofrezca verbalmente al acreedor la realización del pago. Esto sería lo normal, lo natural, lo lógico, aquello que hace todo deudor con intención de cumplir respecto de su acreedor. La no exigencia de formalidades obedece a que debemos presumir que la relación existente entre ambas partes es de buena fe y que no existe razón alguna para recurrir a la vía notarial para efectuar el ofrecimiento.

En tal sentido, el ofrecimiento extrajudicial no tendría por qué efectuarse, en principio, a través de carta notarial. Sin embargo, debemos señalar que recurrir al envío de una carta notarial debe constituir la última vía de la que dispone el deudor antes de acudir a la consignación judicial, como prueba de que su acreedor se ha negado a recibir el pago, a pesar de haber mediado un ofrecimiento fehaciente.

Pero éste es, en buena cuenta, un último recurso extrajudicial, lo que no significa que deba ser un medio normal de ofrecer el pago.

Por lo demás, la anticipación de cinco días establecida por el precepto bajo comentario supone que el deudor intuye la negativa del acreedor, ya que no será usual que el deudor ofrezca pagar antes de la fecha en que corresponda hacerlo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y, en tal caso, el acreedor tendrá todo el derecho para negarse a recibir un pago anticipado, salvo que esté previsto lo contrario.

En ese sentido, sería absurdo interpelar a alguien previamente al vencimiento de la obligación, pues equivaldría a pretender constituirlo en mora antes de que legalmente pueda estarlo.

Es evidente que no resulta lógico exigir un ofrecimiento de pago anticipado, ya que esta situación estaría contraviniendo lo dispuesto por el Código Civil en lo referente al plazo suspensivo, regulado en el artículo 178: «cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente». Esta norma podríamos concordarla con el artículo 1240, que señala que las obligaciones deben cumplirse en el tiempo pactado, y a falta de plazo son exigibles inmediatamente después de contraídas.

2.2.1.2.3. En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale

En lo referente a este supuesto debemos recordar lo previsto por el artículo 182 del Código Civil, en el sentido de que «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.— El procedimiento es el de menor cuantía».

Dentro de tal orden de ideas, lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 1252 del Código Civil en el sentido de que cuando no se ha determinado el plazo el deudor lo señala, colisiona con la normativa referente al plazo que acabamos de citar.

Por otro lado, si en la obligación se hubiera pactado el plazo pero no la forma del ofrecimiento, o viceversa, este ofrecimiento debería realizarse tal como lo señala el artículo, contraviniendo el principio de la autonomía de la voluntad y la presunción de que las normas legales son de carácter dispositivo o, dicho de otro modo, de interés privado.

Por las razones mencionadas, el último extremo del tercer párrafo del nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil no guarda coherencia con el resto de normas que al respecto contiene dicho cuerpo legal, y, por lo tanto, deviene en contradictorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición

Artículo 1253.- El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.

La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva[1495].

1. Fuentes nacionales del artículo 1253

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 851: «Cuando el acreedor rehúsa recibir su paga, el deudor puede hacerle ofertas de dinero contante, y aun rehusándoselas el acreedor consignará la suma o cosa ofrecida en poder de la persona que el juez designe. Las ofertas seguidas de la consignación dejan libre al deudor y hacen veces de paga cuando son hechas legítimamente, y la cosa consignada así corre de cuenta y riesgo del acreedor»; en tanto que el Código Civil de 1852 no legislaba sobre la materia.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el tema en su artículo 2918: «La consignación que no es impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago propiamente dicho; y la que lo sea, por no reunir las condiciones del artículo 2916, surte aquéllos efectos desde que queda ejecutoriada en vía sumaria la sentencia que declara legal la consignación, salvo que en ella se exprese que el depósito extinguió la obligación desde que fue hecho»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 227: «La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada, por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la

1495 Artículo vigente conforme a la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993. La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

litis contestatio, cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 217: «La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1251: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1260: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 110: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en el que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 110: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que ella se verifique o, en los casos de depósito de dinero y valores, dentro de los diez días siguientes a su notificación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1273: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que ella se verifique o, en los casos de depósito de dinero y valores, dentro de los diez días siguientes a su notificación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1220: «La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento».

2. Análisis

2.1. El texto original del artículo 1253 del Código Civil

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1253 del Código Civil, era el siguiente: «La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento». Precisaba el momento a partir del cual surtía efectos la consignación no impugnada por el acreedor. En

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

este sentido, el citado precepto prescribía que de no impugnarse la consignación, ésta generaba efectos retroactivamente al día del ofrecimiento.

Este precepto revestía —a nuestro modo de ver— plena lógica, ya que se determinaba con certidumbre la fecha desde la cual la consignación producía los efectos del pago. Asimismo, debemos señalar que el tema regulado por esta regla ha sido trasladado —luego de la reforma efectuada por el Código Procesal Civil de 1993— al artículo 1254 del Código Civil[1496].

Enseña Salvat[1497] que en caso de que la consignación no hubiese sido impugnada, la ley argentina se limita a establecer que ella surte todos los efectos del verdadero pago, sin precisar el momento desde el cual esos efectos se producen. Ante el silencio de la ley, y de acuerdo con los principios generales, considera Salvat que debe admitirse que esos efectos se producen desde el día del depósito, pues la ley supone que el deudor ha ofrecido el pago al acreedor y que éste lo ha rehusado, siendo lógico, por consiguiente, que si después acepta la consignación, ésta produzca sus efectos desde el día en que el depósito se verificó.

Según el citado profesor, en defecto de aceptación o impugnación expresa, la consignación se reputa aceptada, sea que el acreedor haya guardado silencio, sea que haya hecho manifestaciones evasivas como, por ejemplo, si hubiese contestado la demanda de consignación, diciendo que no la aceptaba ni la impugnaba. La ley, con toda razón, exige manifestaciones categóricas, no una simple manifestación equívoca. En tal orden de ideas, el acreedor, por otra parte, una vez aceptada la consignación sin reserva alguna, no tiene después derecho a volver sobre su aceptación e impugnarla.

Lo manifestado por Salvat es claro, ya que oponerse a la consignación no implica ni guardar silencio, ni tampoco tener respuestas evasivas al respecto. Importa señalar de manera expresa que el acreedor no está de acuerdo con la consignación efectuada. Significa que este acreedor tenga que manifestar su negativa a dicha consignación, a fin de evitar que surta los efectos del pago y pueda hacer valer en los tribunales de justicia todos aquellos elementos que acrediten la inexistencia de la relación obligacional que el deudor pretende pagar. Todo ello en razón de que el acreedor debe expresar categóricamente si acepta o no la consignación.

En opinión de Salvat, el acreedor notificado de la demanda de consignación está obligado a manifestar expresamente si la acepta o la rechaza, haciendo, en

1496 Artículo 1254.- El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:
1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;
2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.
El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento.

1497 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 385 y ss.

este último caso, las impugnaciones a que se creyera con derecho; o, dicho en términos más breves: está obligado a aceptar o impugnar la consignación. Este resultado se explica fácilmente como una simple aplicación de los principios que rigen en materia de pago: el acreedor está obligado a aceptar el pago ofrecido por el deudor y en caso de negarse a recibirlo, a expresar los motivos en que se funda, pues el deudor tiene el derecho de liberarse de la obligación.

Resulta claro, complementando lo señalado por Salvat, que si el acreedor se opone a la consignación efectuada por el deudor, debe expresar las razones que lo conducen a formular su oposición, ya que de lo contrario estaríamos frente a una oposición sin expresión de causa, vale decir, ante una oposición eventualmente caprichosa, esto es, sin fundamento alguno. En tal virtud, quien se opone debe expresar los motivos que lo llevan a oponerse. De lo contrario, dicha oposición debería —inexorablemente— ser declarada infundada.

Respecto a esta materia se precisa algunos comentarios adicionales.

En la problemática contractual, cuando se habla del consentimiento se tiene claro que la aceptación de la oferta debe ser sin reservas, sin agregados o sin modificaciones, ya que una situación de esta naturaleza llevaría a estar frente a una negativa de la oferta, que podría considerarse como una contraoferta y no una aceptación. La aceptación tiene que ser pura, simple o llana, vale decir, sin reparos. Lo contrario podríamos entenderlo como una negativa o, simplemente, como una no aceptación a la oferta formulada[1498].

Con el pago por consignación ocurre algo similar, puesto que en este caso el pago es una oferta; de allí que incluso estemos utilizando los términos «ofrecimiento de pago». Esta aceptación al ofrecimiento de pago —en principio— tiene que ser efectuada sin reservas, pues de lo contrario la consignación no surtiría los efectos que de suyo le corresponden.

No obstante lo señalado, debemos anotar que si las objeciones o reservas están relacionadas con el asunto de fondo, vale decir, con la validez misma de la consignación, resulta evidente que ellas constituirán una oposición a la consignación efectuada. Pero si estas objeciones están referidas a cuestiones tangenciales, adjetivas o incidentales, como si previamente ha tratado de cobrar o no al deudor, esta circunstancia, si bien constituirá una observación, objeción o reparo, no conllevará —en estricto— una oposición a la consignación efectuada, ya que ésta en realidad no está dirigida al fondo del asunto. Cuando el acreedor no impugna el pago por consignación, admite que éste se efectuó conforme a ley y que dicho pago responde a una obligación preexistente entre el deudor y el acreedor a cuyo favor se consignó.

1498 Sobre este particular, recomendamos la lectura de la obra *El contrato en general* del profesor Manuel de la Puente y Lavalle.

Sin embargo podrían presentarse una infinidad de supuestos que no constituyan hipótesis en las cuales la claridad sea el común denominador para señalar si estamos frente a una aceptación con reservas que implique aceptación o negativa al pago efectuado por consignación. Será precisamente en estos casos que los jueces deberán discernir, con ponderado criterio equitativo, si en la realidad de los hechos se ha formulado o no oposición a la consignación efectuada, con todos los efectos que ello acarrea.

Por otra parte, precisa señalarse que si el acreedor no impugna la consignación, ella surtirá todos los efectos de un pago válido y pondrá de manifiesto la existencia de una relación obligacional entre el deudor consignante y el acreedor consignatario, cuya naturaleza dependerá de la causa invocada en el correspondiente recurso de consignación.

Además, señala Salvat[1499] que para que la consignación tenga fuerza de pago es necesario, lo mismo que respecto al pago propiamente dicho, que haya sido aceptada por el acreedor. Así, en defecto de aceptación es necesario que su validez haya sido declarada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, declaración que equivale, en tal caso, a la manifestación de voluntad del acreedor. Mientras la consignación no haya sido aceptada, ni declarada judicialmente válida, no hay pago y, por consiguiente, no puede ser invocada por el deudor, ni opuesta como excepción de pago en la ejecución seguida por el acreedor. Con mayor razón —dice Salvat—, la consignación no produce efectos cuando ella no ha sido notificada al acreedor, y tampoco los produce si hubiese sido rechazada, y el curso de los intereses sigue —en tal caso— a cargo del deudor, siempre bien entendido que hubiese sido constituido en mora en forma legal.

Compartimos los conceptos de Salvat en el sentido de que la consignación surte los efectos del pago cuando el acreedor la acepta, expresa o tácitamente, o cuando la autoridad judicial desestima la oposición del acreedor.

Resulta necesario precisar, en fin, que no será frecuente, ante una consignación, que el acreedor la acepte sin oponerse, pues es notorio que por alguna razón el deudor tuvo que recurrir al procedimiento judicial de consignación: sea porque el acreedor no aceptó el ofrecimiento de pago, sea porque no estaba en condiciones de aceptarlo, o por cualquiera de los motivos analizados al tratar sobre el artículo 1252.

2.2. El nuevo texto del artículo 1253

Como ya lo hemos adelantado, el texto original del artículo 1253 del Código Civil peruano de 1984 fue modificado por el Código Procesal Civil de 1993, habiendo quedado con la siguiente redacción:

1499 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 385 y ss.

> Artículo 1253.- El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.
>
> La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.

Estimamos preciso, para analizar el nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil peruano, efectuar una distinción preliminar.

La norma distingue el trámite que debe seguir el ofrecimiento judicial y el extrajudicial.

Dentro de tal orden de ideas se establece lo siguiente:

2.2.1. Si se trata de un ofrecimiento judicial

El nuevo texto del artículo 1253 dispone que el ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso, de la manera que establece el Código Procesal Civil.

En este sentido debemos recordar que las normas a que se alude, relativas al Código Procesal Civil, son los artículos 802 a 816.

2.2.2. Si se trata de la oposición a un ofrecimiento extrajudicial

Según lo previsto por el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil peruano, la oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que serían susceptibles de presentarse las siguientes alternativas:

- **Que estemos ante un proceso de conocimiento**

Si éste fuera el caso, nos encontraríamos en la necesidad de aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 475 y siguientes del Código Procesal Civil.

- **Que estemos ante un proceso abreviado**

En este caso serían de aplicación las normas previstas en los artículos 486 y siguientes del Código Procesal Civil.

- **Que estemos frente a un proceso sumarísimo**

Este procedimiento es regulado por el Código Procesal Civil en sus artículos 546 y siguientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Que estemos ante un proceso cautelar**

Resulta evidente que no vamos a mencionar los preceptos que el Código Procesal Civil contiene acerca del proceso cautelar (artículos 608 y siguientes), pues el tema no resulta pertinente respecto al pago por consignación. Simplemente, lo uno y lo otro, no tienen relación entre sí.

- **Que se trate de un proceso de ejecución**

El Código Procesal Civil regula el proceso de ejecución en sus artículos 688 y siguientes.

En relación con el contenido del nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil, y luego de haber efectuado un somero repaso acerca de la normativa procesal que le resulta aplicable, podemos señalar que dicho precepto distingue correctamente el ofrecimiento judicial y la consignación. Ambos se tramitan en un proceso no contencioso.

Sin embargo, de acuerdo con el subcapítulo 7, Ofrecimiento de Pago y Consignación, de la Sección Sexta, Procesos no Contenciosos, del Código Procesal Civil, advertimos ciertos aspectos que deseamos anotar:

(a) No habría diferencia alguna, en cuanto a proceso se refiere, para la oposición al ofrecimiento judicial o al extrajudicial.

(b) El ofrecimiento judicial posterior al extrajudicial podría ser rechazado, ya que conforme al artículo 1252 del Código Civil peruano, el judicial sólo procede cuando no se puede llevar a cabo uno extrajudicial.

(c) El ofrecimiento extrajudicial (dentro de la lógica impuesta al Código Civil por el Código Procesal Civil, que no compartimos) depende de la diligencia del notario que lo tenga a su cargo, pues debe hacerse cinco días antes del vencimiento —ni antes ni después—. Tal ofrecimiento es válido desde que el acreedor es emplazado, es decir, desde que tiene que recibirlo en el mismo plazo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Momento en que surte efectos la consignación

Artículo 1254.- El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;

2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento[1500].

1. Fuentes nacionales del artículo 1254

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 851: «Cuando el acreedor rehúsa recibir su paga, el deudor puede hacerle ofertas de dinero contante, y aun rehusándoselas, el acreedor consignará la suma o cosa ofrecida en poder de la persona que el juez designe. Las ofertas seguidas de la consignación dejan libre al deudor y hacen veces de paga cuando son hechas legítimamente, y la cosa consignada así corre de cuenta y riesgo del acreedor»; en tanto que el Código Civil de 1852 carece de precedentes sobre la materia.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 la abordaba en el artículo 2918: «La consignación que no es impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago propiamente dicho; y la que lo sea, por no reunir las condiciones del artículo 2916, surte aquellos efectos desde que queda ejecutoriada en vía sumaria la sentencia que declara legal la consignación, salvo que en ella se exprese que el depósito extinguió la obligación desde que fue hecho»; mientras que el Primer

1500 Artículo vigente conforme a la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993. La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

EUGENIO ULTO CASTILLO FREYRE

Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 lo hacía en el artículo 227: «La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada, por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la *litis contestatio*, cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 217: «La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1251: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1260: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 110: «La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en el que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 111: «La consignación impugnada surte retroactivamente los efectos del pago desde que la oposición del acreedor se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1274: «La consignación impugnada surte retroactivamente los efectos del pago desde que la oposición del acreedor se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1221: «La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento cuando la impugnación del acreedor se desestime por resolución con autoridad de cosa juzgada».

2. Análisis

2.1. El texto original del artículo 1254 del Código Civil

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1254 del Código Civil, era el siguiente: «La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento, cuando la impugnación del acreedor se desestima por resolución con autoridad de cosa juzgada».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El texto original del artículo 1254 del Código precisaba el momento a partir del cual surtía efectos la consignación, cuando la impugnación del acreedor hubiese sido desestimada.

Así, el referido precepto establecía que la consignación cuya oposición hubiese sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada surtía los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.

Como se advierte, el Código Civil peruano recogía el principio originariamente previsto en el artículo 1253, de suerte que los efectos de la consignación no impugnada o cuya impugnación era desestimada por resolución judicial con autoridad de cosa juzgada, operaban *ex nunc*, tomándose como punto de referencia el día del ofrecimiento del pago. Ello, en razón de que si ese día el acreedor hubiese aceptado recibir el pago que se le ofrecía, ese mismo día habría quedado pagada la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, resulta absolutamente clara la solución dada al tema por el Código Civil peruano en el artículo 1254 que originalmente entró en vigor.

Sobre esta materia es de singular importancia lo anotado por Alfredo Colmo[1501], quien plantea el problema del acreedor que impugna la consignación por cualquier motivo, ya por insuficiente, ya por no ser hecha a tiempo, etcétera, y no obstante pide que, correspondiendo ella, al menos en parte, a lo que es debido, le sea entregada. A su turno, el deudor y consignante se opone, alegando que debe esperarse a la sentencia que defina la situación, y que, además, con tal entrega se le vulnera el eventual derecho de retirar la consignación antes de la sentencia, que es garantizado por la propia ley.

A este respecto señala Colmo que en su época la jurisprudencia argentina se orientó en el sentido de la tesis del acreedor.

Considera que corresponde aprobar tal jurisprudencia, pues si el deudor consigna «en pago», reconoce que por lo menos adeuda lo consignado. Sobre ese punto de fondo hay conformidad entre las dos partes, de tal suerte que nos encontramos dentro de lo dispuesto en la ley: esencialmente se tiene aceptación de parte del acreedor. Tanto más cuanto que habiéndose desprendido el deudor de lo consignado, no puede tener interés alguno en que lo pagado continúe inactivo durante la secuela del juicio, que suele durar años plurales, al paso que el acreedor, que es su dueño, tiene todo el interés imaginable para hacerlo útil y fructífero.

Precisa Colmo que otra cosa ocurriría si la consignación fuese impugnada en su fondo: el consignante se titula gestor y tercero, mientras que el demandado le asigna condición de inquilino y obligado, etcétera; y entonces no hay aquella

1501 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 439 y ss.

conformidad, y, el consignante, conserva libre su derecho de retirar lo consignado, así como el acreedor no tiene derecho de pedir la entrega de lo consignado.

Por nuestra parte debemos decir que coincidimos con las expresiones vertidas por el citado profesor. El supuesto que plantea Colmo no es otro que el del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso relativo al pago por consignación.

Cuando el deudor pretende efectuar un pago parcial, tardío o defectuoso, su acreedor tiene el derecho de oponerse a tal pago, por contravenir a los principios de identidad y/o integridad que son doctrinas unánimes en el Derecho de Obligaciones.

En tal hipótesis, si el ofrecimiento de pago del deudor ha sido seguido por la negativa del acreedor, dicho deudor podría recurrir al procedimiento consignatorio. Aquí el acreedor estaría en capacidad de adoptar diversas actitudes.

Una primera podría consistir en aceptar lo consignado, sin reservas, supuesto poco usual por cuanto dicha aceptación se contrapondría a la negativa inicial. Un segundo camino podría ser el de oponerse a la consignación efectuada, por las mismas razones por las que anteriormente se opuso al pago directo. Y, por último, también podría ocurrir que se produjera la hipótesis planteada por Colmo, es decir, que el acreedor acepte la consignación parcial, defectuosa, pero con las respectivas reservas en tal sentido. Si se tratase de una consignación tardía, y el acreedor la aceptase, por más reservas que efectuare, estaría consolidando el pago, y luego tendría únicamente derecho a pedir una indemnización por daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido, pero no una rebaja en la contraprestación que él tuviese respecto del deudor (situación que sí se presentaría en los casos en que se aceptara una consignación parcial o defectuosa).

Pero, aunque resultaría un supuesto extraño, por lo menos en el aspecto teórico no deberíamos descartar la posibilidad de que se presente la hipótesis inversa, es decir, aquélla consistente en una consignación en la cual el acreedor no se opone a la totalidad sino sólo a una parte de ella. Podría ocurrir que éste considere que el deudor le debe menos de lo que en realidad le ha ofrecido y está consignando, pero, que más allá de esta consideración, estime que parte de lo consignado corresponde —en estricto derecho— a una deuda que el deudor mantiene con él. Por eso el acreedor no impugnará la totalidad de lo consignado, sino sólo parte de ello y, por lo mismo, al momento del ofrecimiento del pago es muy probable que el deudor haya ofrecido el pago de la totalidad de lo que cree que debe al acreedor y que éste se haya negado a aceptar, por considerar que se le estaba pagando de más. En este sentido, el acreedor puede haber creído que el deudor estaba haciendo un pago indebido —en cuanto al exceso se refiere—.

Y es en estricta aplicación de los principios de identidad y de integridad de la prestación, que tanto deudor como acreedor no pudieron seguir adelante ante el impase en el que se encontraban. El deudor, porque considera deber una cantidad mayor de la que el acreedor cree que se le debe. El acreedor, por razones inversas a las del deudor. En tal situación, ni uno deseaba pagar menos, ni el otro recibir más.

Pero lo que ni uno ni otro han discutido ni negado en algún momento es que exista una obligación por una cantidad o concepto menor que el ofrecido por el deudor.

Por las razones expuestas, coincidimos con Colmo cuando señala que en este caso debe entenderse que la parte de lo consignado sobre la cual el acreedor no ha formulado oposición surtirá los efectos del pago retroactivamente. Sobre la parte de lo consignado acerca de la cual el acreedor ha formulado oposición, ésta no surtirá efectos, sino en el caso de que su oposición sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, naturalmente con efecto retroactivo al día en que el deudor hizo el ofrecimiento de pago.

Evidentemente, si es declarada fundada la oposición parcial formulada por el acreedor sobre la consignación efectuada, también por resolución con autoridad de cosa juzgada, nunca habrá surtido efectos el pago de dicha porción de lo consignado, debiendo el deudor retirarla de la persona o entidad que corresponda.

Agrega Colmo que la sentencia que declare la validez de la consignación equivale a la declaración de aceptación de ésta, que debió hacer oportunamente el acreedor, en virtud de lo cual los derechos de las partes quedan definitivamente fijados y no pueden ser alterados sino por acuerdo entre éstas. De ahí que, si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con el consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores o fiadores. Si hay sentencia firme, el deudor no puede retirar la consignación, como no podría retirarla en el supuesto de que el acreedor la hubiera aceptado por lo mismo que ya no le pertenece lo consignado. El deudor puede retirar la consignación si el acreedor consiente en ello, exactamente como podría hacerlo si se tratase de una consignación aceptada por éste, y como podría hacerlo en cualquier otro supuesto posible, pero sin afectar el deudor a sus codeudores o fiadores.

Agrega que de esta manera, si ese acuerdo se produce y la consignación es retirada, los derechos de los codeudores o fiadores quedarán indemnes: la validez de la consignación implica el pago de la respectiva obligación que así ha quedado extinguida, por lo cual con ella se han extinguido las obligaciones accesorias de los garantes. Y más aún, los codeudores y fiadores han podido considerar, con todo derecho, que esa extinción definitiva les dejaba libertad de acción para consagrarse a otras actividades y obligaciones, por donde la subsistencia de la obligación primitiva podría perjudicarles. El retiro de la consignación es un hecho personal, que sólo puede gravitar sobre sus autores.

2.2. El nuevo texto del artículo 1254

Tal como lo adelantáramos, el texto del artículo 1254 del Código Civil peruano de 1984 fue modificado por el Código Procesal Civil de 1993, con la siguiente redacción:

Artículo 1254.- El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;

2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento.

Consideramos conveniente, no obstante tratarse en el fondo sobre el mismo tema que el contenido en el texto original, efectuar un análisis por separado del nuevo artículo 1254 del Código Civil peruano.

En principio, el precepto mantiene la premisa de que la consignación que prospere tendrá efecto retroactivo al momento del ofrecimiento de pago. Todo ello concuerda plenamente con los fundamentos que vertimos al analizar el texto original del artículo 1254.

Pero, posteriormente, la norma intenta ser más explícita efectuando una enumeración de los casos en los cuales dicha consignación surte los efectos del pago de manera retroactiva.

Dentro de tal orden de ideas, el nuevo texto del artículo 1254 señala que el efecto retroactivo se dará cuando:

2.2.1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento

Sobre este punto anotamos que al retrotraer el precepto el pago válido a la fecha del ofrecimiento, se está considerando pagada la obligación aun cuando no había vencido (el ofrecimiento debe hacerse cinco o diez días antes del vencimiento), es decir, que se estaría realizando una especie de pago anticipado.

Asimismo, debe precisarse que si en la obligación se hubiese convenido el plazo en beneficio del acreedor, éste ya no podría negarse a aceptar el pago antes del vencimiento.

Lo expresado anteriormente tiene su fundamento en que la norma bajo comentario debe ser concordada con el nuevo texto del tercer párrafo del artículo 1252 del propio Código Civil, cuando alude al ofrecimiento extrajudicial y señala que éste debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

determinado; y si no lo estuviera, con una anticipación de diez días a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Sin lugar a dudas el problema planteado por el referido tercer párrafo del artículo 1252, en relación con el ofrecimiento anticipado (de cinco días), configura una situación muy especial y que resulta contraria a los principios jurídicos más elementales.

Dentro de tal orden de ideas, podría presentarse el supuesto en que el deudor efectúe un ofrecimiento extrajudicial de pago con los cinco días de anticipación señalados por el nuevo artículo 1252, y que el acreedor se oponga al mismo por anticipado, pero que lo acepte una vez que resulte oportuno.

Ahora bien, debemos reparar en que el inciso 1 del artículo 1254 del nuevo texto se refiere al ofrecimiento judicial. Así, el mismo sólo sería de aplicación en los casos en que el deudor recurra a efectuar un ofrecimiento judicial de pago. Es aquí en donde el nuevo texto del artículo 1254 modifica el plazo que establecía el texto original del artículo 1253 del Código Civil peruano de 1984, de diez días. Con la variación introducida, el plazo se reduce a cinco días, contados desde la citación (denominación del artículo 1253 original) o emplazamiento (nomenclatura del artículo 1254 modificado).

En relación con la conveniencia de haber reducido el plazo, parece que ello no resulta oportuno porque la celeridad procesal no justifica impedir que el acreedor disponga de un lapso razonable para que atienda las circunstancias de la consignación efectuada y decida si formula o no oposición.

Sobre este punto, los tribunales de justicia del Perú[1502] han señalado que: «Consignada la merced conductiva por el demandado, el actor no se opuso al ofrecimiento judicial, por lo que de acuerdo con el artículo 1254 del Código sustantivo, el pago se reputa válido».

2.2.2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada

Éste es, en rigor, el texto original del artículo 1254 del Código Civil, que ha servido de base para la posterior elaboración del precepto comentado.

En tal sentido, baste con lo señalado en las páginas precedentes sobre el particular.

Antes de concluir con nuestras referencias al nuevo texto del artículo 1254 del Código Civil, debemos detenernos en su última parte, en la que se expresa que el ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es

1502 Casación n.° 2826-98-Lima.

válidamente emplazado, en tanto que el extrajudicial se entiende efectuado el día en que es puesto en conocimiento.

La anterior resulta una verdad de Perogrullo, pues es obvio que el ofrecimiento judicial no puede entenderse efectuado sino el día del emplazamiento o citación al acreedor, es decir, cuando se le notifica.

Lo propio ocurre en relación con el ofrecimiento extrajudicial de pago, cuando el precepto señala que se entenderá efectuado el día en que es puesto en conocimiento. En este caso la situación de la norma es aún más obvia que en el anterior supuesto, pues en ningún caso podría entenderse que se verifica un ofrecimiento de pago hasta el momento en que realmente se efectúa. Para ello no era necesario regla legal alguna. Hubiera bastado guardar silencio al respecto, pues es suficiente recurrir a las normas generales sobre consentimiento previstas por el Código Civil (artículos 1373 y siguientes) y, en especial, al artículo 1374 que establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Por ello, el último párrafo del nuevo artículo 1254 constituye una demasía.

Finalmente, creemos interesante citar dos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia peruanos. El primero señala que: «El pago por consignación tiene eficacia desde que se notifica al consignatario y no desde la fecha de la demanda incidental de pago, por cuanto la consignación debe efectuarse con citación al acreedor»[1503]. El segundo nos dice: «La consignación de la suma adeudada en el Banco de la Nación, mediante certificado de depósito, no surte los efectos del pago, si no se ha completado su trámite por la vía judicial con conocimiento del beneficiario»[1504].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1503 Expediente n.° 386-8B-Lima.
1504 Casación n.° 1633-91-Lima.

Desistimiento del ofrecimiento de pago

Artículo 1255.- El deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:

1.- Antes de la aceptación por el acreedor.

2.- Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada[1505].

1. Fuentes nacionales del artículo 1255

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 855: «Mientras la consignación no sea aceptada por el acreedor, el deudor la puede retirar; y si la retira, sus coobligados y fiadores no quedan libres»; en tanto que el Código Civil de 1852, al igual que el Proyecto de Código Civil de 1890, no legislaban sobre el particular.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre la materia en el artículo 229: «Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no la impugnare, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, quedando subsistente la obligación»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 219: «Mientras el acreedor no hubiese impugnado la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, quedando subsistente la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1252: «Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído resolución judicial»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1261: «Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído resolución judicial declarándola fundada».

1505 Artículo vigente conforme a la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993. La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

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 tema en su artículo 111: «Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada declarándola fundada»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 112: «Quien consignó podrá retirar la prestación antes que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1275: «Quien consignó podrá retirar la prestación antes que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1222: «La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos: 1. Antes de su aceptación por el acreedor.— 2. Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada».

2. Análisis

2.1. El texto original del artículo 1255 del Código Civil

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto original del artículo 1255 del Código Civil peruano era el siguiente:

> Artículo 1255.- La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos:
>
> 1.- Antes de su aceptación por el acreedor.
>
> 2.- Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El artículo 1255 del Código, en su texto original, establecía los supuestos en los cuales la consignación podía ser retirada por quien la había efectuado. Debemos señalar que la premisa básica para retirar la consignación era que el acreedor (o supuesto acreedor) no estuviera de acuerdo con ella, vale decir, que no la hubiera aceptado.

En tal sentido, el retiro de la consignación podía efectuarse en dos supuestos:

2.1.1. Cuando el acreedor no la haya aceptado

Consideramos que el inciso primero del artículo bajo comentario debió referirse a un supuesto acreedor, por cuanto no siempre se tendrá la certeza de que se trate de un acreedor. Sin embargo, el empleo de la palabra «acreedor» se debe a que éste usualmente lo es, pero no acepta la prestación por considerar que no es la que corresponde.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Expresa Alfredo Colmo[1506] que mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad (prestación) consignada, caso en el cual la obligación renacerá con todos sus accesorios.

En cuanto al desistimiento por parte del deudor de la consignación efectuada, debemos señalar que el Código Civil no contempla un plazo determinado para que aquél opere (a diferencia de lo que ocurre con la posibilidad del acreedor para impugnar u oponerse a ella —artículo 1253 original y 1254 modificado—).

El Código Civil, para el desistimiento de la consignación, establece una condición resolutoria (en relación con el deudor consignante), la que estará dada por el hecho de que el acreedor no acepte tal consignación. Esta circunstancia se presenta, para el deudor, al momento en que efectúa la consignación, cuyo destino constituye un hecho futuro e incierto, pues no depende de su voluntad, sino de la voluntad del acreedor, que la acepte o no.

Dentro de tal orden de ideas, hablamos de condición resolutoria porque el deudor podría retirar lo consignado sólo hasta antes de que el acreedor lo acepte. Después ya no lo podrá hacer, porque la aceptación del acreedor a la consignación determinaría que ella surtiera de inmediato los efectos del pago. Aquí ya no cabría marcha atrás.

Naturalmente que el supuesto del inciso 1 del texto original del artículo 1255 del Código Civil supone que no se haya producido impugnación alguna por el acreedor, pues de ser éste el caso ingresaríamos a lo previsto por el inciso 2 del mismo artículo.

2.1.2. Cuando el supuesto acreedor haya impugnado la consignación efectuada, y todavía no haya sido desestimada dicha impugnación por resolución con autoridad de cosa juzgada

Es lógico que si la impugnación de la consignación hubiese sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, la consignación surte todos los efectos de un pago válido, en cuyo caso no podría el deudor retirar lo consignado.

Según Alfredo Colmo[1507], si el acreedor ha impugnado la consignación, entonces la controversia correspondiente queda subordinada a la «declaración judicial» o sentencia que cuadra en todo juicio, que va a fijar la situación, declarando la validez o la nulidad de la consignación. De ahí que, mientras esas sentencias no existan, se esté en el supuesto de la consignación no aceptada. Pronunciada la sentencia que declara la validez de la consignación, con ella se suple la manifestación de voluntad que oportunamente debió hacer el acreedor aceptando la

1506 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 438.
1507 *Ibidem*, pp. 438 y 439.

consignación, por donde ésta viene a quedar aceptada. Precisa Colmo que, evidentemente, esa «declaración judicial» o sentencia tiene que ser irrecurrible, y esto pasa cuando no se ha apelado de la sentencia de primera instancia, o cuando, recurrida ésta, la de segunda instancia se ha pronunciado en el sentido de la validez susodicha, pues de otra manera no hay propiamente sentencia por lo mismo que el juicio continúa: así, la apelación interpuesta por cualquiera de las partes contra la sentencia de primera instancia, deja el asunto como estaba, esto es, en pleito, por donde siempre podrá el deudor retirar la consignación, mientras no se dicte sentencia por ese tribunal de apelación.

Colmo continúa expresando que si el deudor retira la consignación, el artículo respectivo del Código Civil argentino dice que la obligación «renace», siendo mucho más claro el sentido que la propiedad de la expresión. Así, la obligación no renace, por lo mismo que no había «muerto», vale decir, que no se había extinguido. La extinción no puede operarse sino con el pago, o con la consignación aceptada o declarada válida por sentencia firme, que equivale al pago. No habiendo aquí ni lo uno ni lo otro, pues se trata del retiro de la consignación, que sólo puede ser hecho cuando la consignación no ha sido aceptada por el acreedor ni declarada válida por sentencia, lo único que ocurre, por consiguiente, es que la consignación se tiene por no hecha y, por lo tanto, la obligación que subsistía con ella en la respectiva contienda judicial vuelve a su estado anterior a la consignación. Colmo concluye afirmando que lo dicho no impide que por acuerdo de partes el deudor retire la consignación con el alcance o sentido que el mismo acuerdo entrañe.

En el supuesto del inciso 2 del artículo 1255 del Código nacional, si el deudor se desiste de la consignación efectuada, ello tendrá como efecto la culminación del proceso consignatorio y adicionalmente otros efectos colaterales que resulta de interés analizar.

Si el deudor retira la consignación, dicho retiro deberá considerarse que tiene todos los efectos del desistimiento —en los términos más amplios—, y por tal razón no podría volver a consignar lo mismo, pues si lo hiciera el acreedor estaría en aptitud de oponer la excepción de desistimiento de la pretensión (inciso 9 del artículo 446 del Código Procesal Civil de 1993), habida cuenta de que en un proceso anterior se desistió de ésta, cualquiera que hubiera sido la razón que lo impulsó a actuar de ese modo.

En este orden de ideas, Pothier[1508] sostiene que queda una cuestión por analizar: si hecha la consignación con las formalidades debidas, y el deudor vuelve a tomar las cosas consignadas, ¿se reputará sin ningún efecto, como si no hubiese intervenido respecto de los fiadores y coobligados? Señala Pothier que por la negativa se puede decir que la consignación, habiendo sido hecha de una manera regular, ha extinguido la deuda y liberado a todos aquellos que eran responsables

1508 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte. pp. 240 y 241.

de ella. Que habiendo sido liberados esos fiadores y esos coobligados, no puede estar al arbitrio del deudor hacer revivir la obligación que había quedado extinguida, retirando las especies consignadas. Si el deudor que por medio de un pacto de *non petendo* ha adquirido para sí, sus fiadores y coobligados, una excepción, no puede después privarlos de este medio de defensa, renunciando a aquel pacto. Y con mayor razón puede decirse que no debe quedar a la voluntad del deudor hacer revivir una obligación extinguida en virtud de la consignación; concluye en que así como la devolución que voluntariamente hiciese el acreedor al deudor de lo que le hubiese pagado, no haría revivir la deuda, de la misma manera después de una consignación que obra los mismos efectos que el pago, en cuanto la extinción de la deuda, la recuperación que haga el deudor de las expresadas especies consignadas, no puede dar fuerza a una obligación extinguida antes.

En relación con el tema abordado por Pothier, su solución no reviste mayores complicaciones, en la medida en que mientras la consignación haya surtido los efectos del pago, podemos afirmar que han quedado liberados los garantes (personales o reales); y, en la medida en que la consignación aún no hubiese surtido los efectos del pago, será obvio que tales garantes no estarán liberados, pues seguirá teniendo existencia la deuda cuyo cumplimiento garantizaron.

2.2. El nuevo texto del artículo 1255

Tal como antes lo expresamos, el artículo 1255 del Código Civil peruano de 1984 fue modificado por el Código Procesal Civil, con la siguiente redacción:

> Artículo 1255.- El deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:
>
> 1.- Antes de la aceptación por el acreedor.
>
> 2.- Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

Consideramos, en líneas generales, que el nuevo texto del artículo 1255 mantiene los rasgos esenciales del precepto original. Trata acerca del retiro de la consignación y de los mismos dos supuestos que estaban regulados en 1984.

Sin embargo, precisa efectuarse una salvedad en el sentido de que el texto original era más idóneo que el nuevo. Las razones que nos llevan a efectuar tal afirmación son las siguientes:

2.2.1. El texto original de la norma se refería al retiro de la consignación por quien la había efectuado, sin entrar en más detalles

Ello era positivo, puesto que no necesariamente es el deudor quien realiza la consignación, ya que, de acuerdo con el principio de que el pago puede ser verificado por un tercero, a menos que el pacto, la naturaleza de la obligación o la ley

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se opongan a ello, la consignación puede ser hecha por cualquier persona distinta del deudor. De ahí que el texto original del artículo 1255 era en este extremo superior al actual, el mismo que no contempla esta posibilidad al hacer referencia directa al deudor.

2.2.2. El nuevo texto trata acerca de la posibilidad de que el deudor se desista del pago ofrecido y, en su caso, retire el depósito efectuado

Consideramos que el agregado relativo al desistimiento resulta inútil, por cuanto la única situación relevante es aquélla en la cual el desistimiento va acompañado del efectivo retiro de la consignación, ya que no tiene sentido aludir a un deudor que se desiste de la consignación, pero que no obstante la mantiene incólume. Éste no es sino un simple juego de palabras.

Por lo demás, resultan indiferentes las razones del deudor para retirar la consignación efectuada, las que pueden ser de la más variada índole, pero que al fin y al cabo no interesan, porque pertenecen a su fuero interno. Lo relevante es que retire la consignación.

Dentro de tal orden de ideas, haberse referido, en el texto modificado, al desistimiento, más que aclarar las cosas las confunde.

Sobre el efecto que genera el retiro de la consignación, Ledesma Narváez[1509] señala que «El efecto que genera el retiro de la consignación es volver las cosas al *statu quo* precedente a la demanda. Si la consignación es aceptada por el acreedor o admitida por la sentencia que pone término al respectivo proceso, el pago se hace irrevocable. La novedad es importante porque antes de estos hechos la consignación era susceptible de revocación; después ya no, quedando consumados los efectos del pago; por tanto, producidos esos hechos, la obligación resulta definitivamente extinguida con todos sus accesorios, privilegios y garantías. Los bienes consignados en pago se incorporan al patrimonio del acreedor. Y como la sentencia que verifica esas consecuencias de orden jurídico tiene efecto declarativo, se considera que tales consecuencias han ocurrido a la fecha de la efectiva consignación practicada por el deudor. Lógicamente, no puede éste, proceder ahora a retirar una consignación como hubiese podido hacerlo antes».

2.2.3. Originalmente el Código Civil de 1984 establecía, en su inciso 1, el término «su aceptación»; en cambio, el nuevo texto utiliza la expresión «la aceptación»

Aunque la modificación es poco relevante, en realidad resultaba más adecuado el precepto original, pues lo propio era referirse a «su» aceptación, ya que

1509 Ledesma Narváez, Marianella. «Desistimiento del pago ofrecido». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 602.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

anteriormente, en la parte introductoria de la norma, se mencionaba el retiro de la consignación, y es a ella a la que se está aludiendo en el inciso bajo comentario.

2.2.4. En lo que respecta al inciso 2 del artículo 1255 del Código Civil, debemos afirmar que en la práctica resulta indiferente hablar de «impugnación» o de «oposición» a la consignación efectuada, ya que ambos términos tienen la misma connotación

No obstante ello, debemos observar que la modificación introducida ni siquiera obedece a razones de coherencia legislativa con el propio texto del Código Procesal Civil, pues éste utiliza el término «contradicción» de la consignación, antes que el de «oposición» o «impugnación».

Parece obvio, por las razones expuestas, que debió prevalecer el texto original del inciso 2 del artículo 1255 del Código Civil de 1984.

Sobre el contenido de esta norma, la jurisprudencia nacional[1510] ha señalado que: «La consignación es un ofrecimiento de pago del cual el deudor puede desistirse en virtud a lo que dispone el artículo 1255, inciso 1, del Código Civil; por lo tanto, la petición del apelante debe ser atendida sin perjuicio de que el acreedor haga valer su derecho en la forma de ley».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1510 Expediente n.° 306-2000-Lima.

Capítulo cuarto
Imputación del pago

Imputación del pago por parte del deudor

Artículo 1256.- Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual (sic) de ellas se aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida.

1. Fuentes nacionales del artículo 1256

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: «*Debdas de muchas maneras deuinendo un ome a otro, si le fiziesse paga alguna, e señalasse por quales debdas le fazia aquella paga, deue ser contada en aquella que señaló, e non en otra*».

El artículo 1256 del Código Civil peruano 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 847: «El deudor de muchas deudas, cuando paga, tiene derecho a declarar cuál es la deuda que satisface»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2230: «Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.— Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.— El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses»; y el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2912: «Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.— Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulada la materia en el artículo 236: «El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas fuesen de plazo vencido.— Sin el consentimiento del acreedor no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida»; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 225: «El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas fuesen de plazo vencido.— Sin el consentimiento del acreedor no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1255: «El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1264: «El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida».

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 tema en el artículo 115: «El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 113: «Quien tuviese varias obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, podrá indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cuál de ellas debe aplicarse éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1276: «Quien tuviese varias obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, podrá indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cuál de ellas debe aplicarse éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará al pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1223: «Quien tiene varias obligaciones de la misma

naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cuál de ellas se aplica éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida».

2. Análisis

Cuando el deudor paga en cumplimiento de una obligación no debería existir incertidumbre, en rigor, para conocer que tal pago lo está efectuando en razón de esa obligación y no de otra, porque usualmente el deudor carece de otras obligaciones de la misma naturaleza y homogéneas con su acreedor.

El tema de la imputación del pago no se presenta, en consecuencia, cuando un deudor tiene ante un mismo acreedor varias obligaciones, pero todas ellas son de diferente naturaleza. Por ejemplo, el deudor puede haber contraído tres obligaciones de distinta naturaleza con el mismo acreedor, una de dar una suma de dinero, otra de construir una pared y una tercera de guardar un secreto.

En el ejemplo citado, no habrá duda de que cuando el deudor pague la cantidad debida lo estará haciendo en estricto cumplimiento de la primera de esas obligaciones. Aquí sería evidente que al abonar una suma de dinero no podría estar pagando (ejecutando) ni la segunda ni la tercera obligación. Del mismo modo, cuando construya la pared, será obvio que estará ejecutando la segunda de sus obligaciones; y cuando guarde el secreto, estará pagando la tercera. En este caso no habrá problema en entender a qué obligación corresponde cada uno de los pagos de las prestaciones, puesto que todas ellas son de distinta naturaleza (la primera de dar, la segunda de hacer y la tercera de no hacer).

Tampoco entraría en juego el problema de la imputación del pago, si se tratara, por ejemplo, de dos obligaciones con prestaciones de dar, en las que una consista en entregar cien quintales de trigo y la otra en entregar cien quintales de arroz. Si el deudor entrega trigo, extinguirá, por cierto, la primera obligación; si entrega arroz, la segunda. Si en el mismo caso propuesto, el deudor se obliga a entregar cien cajas de cerveza marca Cristal y cien cajas de cerveza marca Pilsen, pues al entregar cerveza Cristal extinguirá la primera obligación, y al entregar cerveza Pilsen extinguirá la segunda.

También estaría descartada la figura jurídica de la imputación del pago si el deudor tiene dos obligaciones distintas con su acreedor, ambas de entregar cien cajas de cerveza marca Cristal, y al tiempo de efectuar el pago entrega doscientas cajas de dicha cerveza, extinguiendo, por tanto, las dos obligaciones.

El tema de la imputación del pago surgiría, en el último ejemplo propuesto, si el deudor tan sólo entregara cien cajas de cerveza Cristal. La pregunta consistiría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAYRE

en conocer a cuál de las dos obligaciones, que son de la misma naturaleza y homogéneas, se imputaría el pago. ¿Cuál sería la obligación extinguida?

La solución es necesariamente relevante, no sólo para disipar la incertidumbre, sino por razones de la existencia de garantías en una obligación y no en otra, del monto de los intereses de cada obligación, de la eventual prescripción de una obligación y no de la otra, etcétera.

Por tanto, la imputación del pago se presenta en los casos en que un deudor deba a un mismo acreedor dos o más prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas, vale decir, que todas ellas sean de dar o de hacer, y siempre que existan dudas, lo reiteramos, sobre cuál obligación se extingue, conforme se aprecia en el último ejemplo que hemos desarrollado. A las obligaciones de no hacer, esto es, a las obligaciones negativas, no se aplican las reglas de la imputación del pago, conforme veremos más adelante.

Sin embargo, sobre el tema que estamos explicando resulta de interés lo precisado por Giorgi[1511] cuando señala que comúnmente se enseña que las reglas sobre la imputación resultan aplicables cuando el deudor que paga tiene varias deudas con respecto al acreedor. Pero agrega que todo esto es poco exacto, porque si bien el jurisconsulto es más o menos llamado a determinar la imputación de un pago, cuando concurren entre las mismas personas varias deudas acaece por otra parte —alguna vez— que la necesidad de establecer la imputación se presenta también cuando la deuda es una sola, esto es, en el caso de pago parcial, sea porque se haya aceptado buenamente por el acreedor, sea porque el deudor tenga por excepción el derecho de pagar parcialmente; y añade que esto enseña la razón y esto aparece también del conjunto de las disposiciones legales.

Nosotros creemos que si bien es cierto lo anotado por Giorgi, tal aseveración no constituye el punto central de la imputación del pago, sino tan sólo uno de aquéllos en los que es susceptible de presentarse.

Por lo demás, debemos adelantar que el Código Civil peruano de 1984 regula dicho tema en su artículo 1257 al tratar acerca de la imputación del pago en relación a una misma obligación, norma que luego analizaremos.

Para Josserand[1512] la hipótesis de la imputación de pago es que existan varias deudas a cargo del mismo deudor y respecto del mismo acreedor. Y además que esas deudas tengan objetos de la misma naturaleza, por ejemplo, sumas de dinero. Luego, el deudor efectúa un pago que no basta para extinguir todas sus relaciones obligatorias, siendo el problema de la imputación de pagos el saber cómo debe ser comprendido ese pago y a cuál de las deudas conviene imputarlo.

1511 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 156-160.

1512 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 688.

De la Vega Vélez[1513], por su parte, afirma que cuando entre un mismo acreedor y un mismo deudor existen varias obligaciones de dinero y el pago hecho por el deudor no alcanza al cumplimiento de todas ellas, deben tener aplicación las reglas establecidas por la ley sobre imputación del pago.

Para Llambías[1514] la teoría de la imputación del pago comprende el conjunto de reglas que definen a cuál de varias obligaciones habrá de aplicarse el pago que satisface el deudor. Ella supone la existencia de varias obligaciones, cuyo objeto es de la misma índole, que vinculan a las mismas personas que invisten la calidad de acreedor y deudor, hipótesis que suscita la duda acerca de cuál es la obligación que se extingue por un pago que no alcanza a solventar todas las deudas pendientes. Agrega Llambías que para disipar esa duda se ha elaborado la teoría de la imputación del pago, de antigua data en la evolución del Derecho. Y precisa que para que funcione la teoría de la imputación de los pagos se exige cuatro requisitos: 1) que existan varias obligaciones pendientes susceptibles de pago; 2) que esas obligaciones vinculen al mismo deudor «con un solo acreedor»; 3) que todas las obligaciones «tuvieren prestaciones de la misma naturaleza», pues de otro modo no habría duda alguna sobre la aplicación del pago a la satisfacción de una u otra deuda; 4) que el pago satisfecho sea insuficiente para cubrir todas las deudas, pues, lógicamente, si alcanzara para extinguir todas las obligaciones, no habría lugar para el juego de la teoría de imputación de los pagos, que supone la necesidad de seleccionar una de entre varias deudas pendientes, para aplicar a ella un pago que no abarca a todas.

Moisset de Espanés[1515] sostiene que para que funcione la imputación del pago debe haber varias obligaciones que tengan prestaciones de una sola naturaleza, por ejemplo, deberse varias obligaciones cuya prestación consiste en el pago de diversas sumas de dinero, aunque algunas de ellas tengan intereses y otras no. De otro lado —continúa el citado profesor—, en todas las obligaciones debe haber el mismo acreedor y el mismo deudor.

A su turno, Vidal Ramírez[1516] señala que para que la imputación pueda operar se requiere de varias obligaciones del deudor que imputa frente a un mismo acreedor, es decir, de la existencia de más de una relación jurídico-obligacional entre el deudor y el mismo acreedor y que el pago que va a efectuar el deudor no las solventa en su totalidad.

El tema de la imputación del pago, a entender nuestro, tiene relevancia en tres casos vinculados a los artículos 1256 y 1257 del Código Civil, a saber:

1513 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 264.

1514 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 310 y 311.

1515 Moisset de Espanés. Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 358.

1516 Vidal Ramírez, Fernando. «Imputación de pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 604.

EDICIÓN GRATUITA

(a) Cuando entre el mismo acreedor y deudor existen dos o más obligaciones de igual naturaleza y homogéneas, y el deudor no indica al tiempo del pago de una de ellas cuál es la que desea extinguir.

(b) Cuando en el supuesto anterior, el deudor intenta pagar todas ellas, pero lo que entrega con tal fin es insuficiente para alcanzar sus objetivos.

La diferencia entre ambos casos es que en el primero está en la voluntad del deudor pagar sólo una de las obligaciones que mantiene con su acreedor, en tanto que en el segundo intenta efectuar el pago de todas sus obligaciones, pero el monto diminuto le impide hacerlo.

(c) Cuando el deudor mantiene una sola obligación con su acreedor, pero el pago que efectúa no alcanza para cubrir su monto total, que podrá, además del capital, comprender gastos e intereses.

Como resulta evidente, el artículo 1256 del Código Civil peruano sólo se refiere a los dos primeros supuestos. El tercero lo trata el Código en el artículo 1257.

Lo hemos dicho, y lo reiteramos, que además de obligaciones de la misma naturaleza, debe tratarse de prestaciones de carácter homogéneo, lo que significa que éstas deberán consistir en dar o hacer sustancialmente lo mismo (pudiendo variar el volumen o cantidad de las prestaciones que deban ejecutarse).

Como decía Manuel Augusto Olaechea[1517], «La cuestión relativa a la imputación del pago no puede presentarse sino cuando el deudor está ligado a su acreedor por varias obligaciones de naturaleza semejante. El Anteproyecto contempla las disposiciones del Código vigente, ocupándose sucesivamente, de la imputación que realiza el deudor, de la que verifica el acreedor y de la que efectúa la ley, a falta de ambas».

Un supuesto de prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas sería aquél por el cual el deudor hubiese asumido ante su acreedor dos obligaciones distintas de dar sumas de dinero. Mediante la primera se ha obligado a pagarle diez mil soles, mientras que, por la segunda, la cantidad de ocho mil soles. Esto quiere decir que básicamente ambas prestaciones consisten en lo mismo (dar dinero, no obstante que las cantidades a pagar son de magnitud diferente).

En tal caso, si el deudor pagase dieciocho mil soles, extinguiría ambas obligaciones y no se presentaría, por lo tanto, el problema de la imputación del pago. El tema surgiría si paga menos de dieciocho mil soles y el acreedor acepta el pago. Aquí se trataría de disipar la incertidumbre acerca de cuál de las dos obligaciones se ha amortizado o pagado íntegramente.

1517 En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, p. 190.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los mismos razonamientos referidos al dinero podríamos hacerlos extensivos a otros bienes, como en el caso de las cajas de cerveza antes tratado.

Por otra parte, precisa aclararse que cuando el Código Civil se refiere a que las prestaciones deben ser fungibles y homogéneas, lo hace en el sentido de que —pudiendo ser ambas prestaciones de montos distintos— sus contenidos (objetos) sean fungibles entre sí y homogéneos unos respecto de los otros.

Sin embargo, conviene efectuar alguna precisión sobre el tema.

Creemos que el Código, al utilizar la palabra «fungibles», lo hace refiriéndose a que las prestaciones que revisten carácter de homogeneidad puedan reemplazarse indistintamente las unas por las otras. Empero, nos permitimos disentir de la utilización de ese término, ya que fungible será aquello que se pueda intercambiar con otra cosa y dé exactamente lo mismo una u otra. En cambio, para que se presente un supuesto de imputación del pago, bastará el carácter homogéneo de las prestaciones, sin que sea necesario que ambas tengan igual magnitud. Podría suceder, por ejemplo, que una prestación consista en dar la suma de mil soles, mientras que otra —constituida entre el mismo deudor y acreedor— sea la de dar la suma de quinientos soles. Evidentemente estas prestaciones son de la misma naturaleza y de objetos de naturaleza homogénea, ya que ambas consisten en obligaciones de dar sumas de dinero. Pero del ejemplo citado no podemos inferir el carácter de fungibilidad, puesto que la primera de dichas prestaciones no es equivalente a la segunda, ya que entregar mil soles no es idéntico a entregar quinientos soles, ni viceversa, a pesar de que un sol es igual —y por lo tanto fungible— a otro sol.

Sin embargo, y sin que se precise el requisito de la fungibilidad, en el caso citado podría presentarse la necesidad de aplicar las reglas de la imputación del pago. Por ello, insistimos, en la imputación del pago poco importa el elemento de la fungibilidad. Bastará con la presencia de los dos primeros, vale decir, que las obligaciones sean de la misma naturaleza y que las prestaciones tengan carácter de homogéneas, referido este concepto a que consistan, fundamentalmente, en dar o hacer lo mismo, independientemente de la magnitud de aquello que se tiene que ejecutar.

En este punto cabría preguntarnos si la imputación del pago puede estar referida a bienes inciertos (determinables). La respuesta afirmativa se impone.

Si, por citar un ejemplo, un deudor hubiese contraído con su acreedor dos obligaciones distintas de entregar un cuadro y se practicara la elección sin especificarse a cuál obligación se refiere, al ejecutarse la prestación tendrían que aplicarse las reglas de la imputación del pago.

Caso distinto sería aquél en el cual el deudor hubiese asumido con el acreedor dos obligaciones destinadas a entregar dos cuadros diferentes (un paisaje y un retrato). En este supuesto, al ser el objeto de ambas obligaciones distinto, no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

habría la menor duda respecto de cuál de las dos obligaciones contraídas se estaría ejecutando.

Las reglas de la imputación del pago, en consecuencia, sólo serán de aplicación a los bienes determinables en el supuesto de que ambas prestaciones sean homogéneas.

Por otra parte, entendemos que el problema de la imputación del pago reviste claridad absoluta en los supuestos de las obligaciones de dar; es inusual en las obligaciones de hacer y está descartado en las obligaciones de no hacer.

En efecto, bien puede ocurrir que una persona se obligue primero a dar un bien, y luego se obligue nuevamente, con el mismo acreedor, a dar otro bien de la misma naturaleza y homogéneo a aquél. En este caso podríamos tener la oportunidad de aplicar las normas de la imputación del pago. Aquí el asunto sería de nitidez meridiana.

Como hemos señalado, el tema de la imputación del pago, aunque aisladamente, también podría presentarse en las obligaciones de hacer. Si una empresa de limpieza, por ejemplo, contrajese dos obligaciones distintas con el dueño de un edificio, consistente cada una de ellas en limpiar una vez al año las ventanas del referido inmueble, y sólo lo hiciese una vez, ¿podría entenderse que está ejecutando la primera obligación contraída? ¿O se entendería que no puede conocerse con exactitud cuál de las dos está cumpliendo, ya que ambas consisten exactamente en lo mismo, y no se ha especificado, al contraerlas, las fechas en que deben ejecutarse? Nos inclinamos, en este caso, a considerar que tendrían que aplicarse las reglas de la imputación del pago, pues ambas prestaciones son de la misma naturaleza y homogéneas entre sí.

¿Pero qué ocurre con las obligaciones de no hacer?

A nuestro entender, en esta clase de obligaciones no se aplican los principios de la imputación del pago.

Podría ocurrir que una persona se hubiera obligado ante otra a no dar algo, y que en este caso volviera a obligarse a no dar algo de la misma condición o carácter. Podría también suceder que se hubiera obligado a no hacer algo, caso en el cual también podría volverse a obligar a no hacer algo similar (por ejemplo, dos pinturas idénticas).

Si da en el primer caso, o hace en el segundo, no estaríamos en el supuesto de imputación del pago, sino ante la incertidumbre de cuál es la obligación violada para el efecto de los daños y perjuicios. En las obligaciones negativas no cabe referirnos a la imputación del pago, pues ellas consisten, precisamente, en una omisión, esto es, en no accionar o actuar.

Ahora bien, la primera posibilidad que contempla el artículo 1256 del Código Civil, para el supuesto en que existan obligaciones de la misma naturaleza,

IUS ET VERITAS

constituidas por prestaciones de carácter homogéneo, entre un mismo deudor y un mismo acreedor, es aquélla en la cual el deudor indique, al momento de hacer el pago, a cuál se aplica[1518].

Sobre este punto requiere manifestarse que resulta de claridad rotunda que la ley prevea como el primero de sus supuestos aquél por el cual el deudor, al momento de hacer el pago, señale la obligación a la que debe imputarse dicho pago. Tal es la situación normal: aquélla en la que quien paga precisa qué es lo que está pagando.

Es pues razonable que ello ocurra, y que resulte de sana lógica una situación de esta naturaleza, por cuanto quién más interesado que el propio deudor que paga una deuda —pero sigue manteniendo otras— para indicar a cuál obligación imputa tal pago. Lo contrario podría generar situaciones en las cuales la omisión (tal vez producto de un simple descuido del deudor) es susceptible de ocasionar graves perjuicios en su detrimento.

Uno de los autores de este trabajo, Felipe Osterling Parodi, recuerda en el curso de Derecho de las Obligaciones que dicta en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, una vivencia profesional vinculada a este tema.

En una ocasión, al regresar justamente del dictado del curso de Derecho de Obligaciones al estudio de abogados, y luego —precisamente— de haber tratado el tema correspondiente a la imputación del pago, un importante cliente, cuyo caso él atendía, le informó que la empresa a la cual representaba, que tenía dos acreencias, había recibido, tras un largo proceso de negociaciones, el pago de una de las dos deudas que una compañía pesquera mantenía con su cliente. Cada una de las deudas ascendía a la suma de un millón de dólares americanos. Pero cuando la compañía pesquera, esto es, la deudora, pagó no había señalado a cuál de las dos deudas imputaba el pago.

Debe mencionarse que una de las dos deudas estaba garantizada por una sociedad de reconocida solvencia, una compañía de seguros, en tanto que la otra no tenía garantía alguna, razón por la cual su cobro —en la práctica y si se quería recurrir a la vía judicial— iba a resultar muy difícil y —por qué no decirlo— prácticamente imposible. Con el pago de ese millón de dólares se agotaban, en la realidad de los hechos, los recursos económicos de la empresa pesquera deudora. Precisa agregarse que los accionistas de la empresa pesquera lo eran también de la compañía de seguros.

Al no haber efectuado la deudora la imputación del pago a una u otra de las obligaciones, la compañía acreedora emitió recibo, que fue aceptado —sin percibir la trascendencia del hecho— por un funcionario debidamente autorizado de

1518 Consideramos de interés recordar a Pothier, quien establecía reglas puntuales respecto a la imputación (Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte. pp. 229 y 232).

la empresa pesquera. En este recibo la empresa acreedora, a quien correspondía la imputación del pago porque no lo había hecho la deudora, se estableció claramente que el pago se aplicaba a la deuda que no revestía garantía alguna, quedando de esta forma expedito el derecho de la empresa acreedora para cobrar la otra acreencia a la sociedad fiadora, esto es, a la compañía de seguros.

Cabe aquí observar que si la acreedora tampoco hubiera efectuado la imputación del pago, habría operado la imputación legal prevista por el artículo 1267 del Código Civil de 1936, entonces vigente, que disponía que no expresándose a qué deuda debía hacerse la imputación se aplicaba el pago a la que ganaba más interés entre las de plazo cumplido (en este caso, ambas ganaban el mismo interés y tenían el plazo cumplido); y luego a la asegurada con fianza [...] (en este caso se hubiera imputado el pago a la obligación afianzada por la compañía de seguros).

No es necesario ser adivino para conocer la reacción de los directivos de la empresa aseguradora —que garantizaba la deuda— al tomar conocimiento de la imputación hecha por la acreedora y las nefastas consecuencias que le acarreaba una situación de tal naturaleza.

Protestaron, alegaron, dijeron, contestaron. Pero al fin y al cabo nada pudieron hacer, puesto que el derecho que tenía la acreedora de imputar el pago era irrefutable.

De esta forma, la acreedora cobró el primer millón de dólares (fruto del pago en cuestión) y luego el segundo millón de dólares, que fue pagado por la compañía de seguros que afianzaba la obligación de la empresa pesquera en falencia económica.

Este ejemplo, extraído de la vida real, nos muestra con la mayor claridad cómo opera la facultad del deudor de imputar el pago, cómo revierte ese derecho en favor del acreedor si no lo hace el deudor; y cómo opera la imputación legal en ausencia de la manifestación de voluntad del deudor y del acreedor.

Cabe advertir que el deudor tiene la posibilidad de imputar el pago hasta antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor.

Es importante precisar esta atingencia, pues el Código Civil peruano otorga al deudor la posibilidad de remediar cualquier omisión relativa a la imputación del pago, hasta antes de aceptar el recibo correspondiente. Esta habría sido la oportunidad en la cual la empresa pesquera deudora de nuestro anterior ejemplo hubiera podido suplir su omisión.

De todo ello se infiere la necesidad de que el deudor actúe con la mayor diligencia, a fin de proteger adecuadamente sus derechos; al igual que resulta aconsejable que el acreedor, si el deudor dejó pasar la oportunidad de imputar el pago, otorgue recibo para efectuar tal imputación a la brevedad posible.

Es, simplemente, una cuestión de diligencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero más allá de nuestros comentarios en relación a lo dispuesto por el artículo 1256 del Código Civil, precisa señalarse que lo expresado tiene una limitación prevista por la última parte del precepto: «Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida».

Esto equivale a decir que el deudor se verá imposibilitado de efectuar la imputación sin el asentimiento del acreedor en cualquiera de los supuestos que se enumeran a continuación:

(a) Si el deudor desea pagar solamente parte de una de las deudas.

Cuando abordamos las disposiciones generales del pago, y específicamente el principio de integridad recogido por el artículo 1221 del Código Civil, anotamos que, siguiendo lo dispuesto por el citado precepto, el pago debe realizarse íntegramente, es decir, completo, sin menoscabo alguno.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor, con todo derecho, podría oponerse a recibir pagos parciales. Pero también es evidente que el acreedor, si así lo desea, podría aceptar la imputación de un pago parcial.

(b) Si el deudor desea pagar una deuda ilíquida o no vencida.

Esto, porque a decir de Alterini, Ameal y López Cabana[1519], no puede saberse todavía si habrá un pago íntegro en el caso de la deuda ilíquida y porque el pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo (en el caso de la deuda no vencida).

Concluimos reiterando que para imputar el pago a una deuda comprendida en cualquiera de estos dos supuestos, el deudor requerirá necesariamente del asentimiento del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1519 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 142.

Orden de la imputación convencional

Artículo 1257.- Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

1. Fuentes nacionales del artículo 1257

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 848: «El deudor de una deuda con intereses devengados no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago que hace, al capital con preferencia a los intereses devengados. El pago hecho del capital a intereses, que no es íntegro, se aplica a los intereses»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2230: «Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.— Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.— El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses»; y el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 2913: «Si el acreedor recibe el capital sin reservarse el derecho de cobrar intereses, se extingue la obligación de pagarlos».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre la materia en el artículo 238: «El que debe capital a interés, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 227: «El que debe capital, intereses y gastos, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, y ni a éstos antes que a los gastos»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1257: «El que debe capital, intereses y gastos, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1266: «El que debe capital, intereses y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos».

LEGADO HARO CANTO-OFREYRE

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 117: «El que debe capital, intereses y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 114: «Quien deba capital, gastos e intereses, no podrá, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1277: «Quien deba capital, gastos e intereses, no podrá, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1244: «Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses».

2. Análisis

El artículo 1257 del Código Civil peruano de 1984 tiene por objeto establecer determinadas excepciones para el caso de la imputación del pago. En tal sentido, la norma prescribe un orden necesario e imperativo para que opere tal imputación.

Ese orden también ha sido reiterado por la jurisprudencia nacional, como se observa en la Casación n.° 3608-2002-Arequipa, de fecha 3 de junio de 2003, que dispone, «Las amortizaciones efectuadas por los ejecutados deben aplicarse en primer lugar a los intereses, luego a los gastos y en último lugar al capital. *Quinto.* En el caso de autos el *ad quem* omitió considerar el texto del artículo 1257 del Código Civil. *Sexto.* En efecto, las amortizaciones efectuadas por los ejecutados cuyos montos obran en los documentos deben aplicarse en primer lugar a los intereses, luego a los gastos y en último lugar al capital, resultando entonces erróneo que el superior aplique tales montos directamente al capital».[1520]

Ante todo debemos aclarar que el supuesto de la norma bajo comentario no se basa en que existan necesariamente prestaciones surgidas de distintas fuentes, o, incluso, de diferentes obligaciones; simplemente está aludiendo a que una misma obligación pueda tener diversas prestaciones de la misma naturaleza, con caracteres de homogeneidad, pero por distintos conceptos.

Es el caso en que una deuda esté compuesta por capital (la prestación principal debida originalmente), gastos (los que hubiese generado la celebración del acto relativo a la prestación principal o su requerimiento para cobrarla —que por lo general, y a ello alude usualmente el artículo 1257, se referirán a los gastos que origine la concesión del préstamo dinerario o la cobranza de dicho préstamo—), e intereses (los devengados por concepto del uso o mora de dicho capital).

1520 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 940. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Dentro de tal orden de ideas, consideramos conveniente precisar las acepciones que hemos asumido sobre capital, intereses y gastos.

2.1. Capital

Por capital se entiende el conjunto de bienes materiales o intangibles que constituyen un patrimonio. De este modo, el concepto jurídico del término capital coincide con la noción de patrimonio.

2.2. Gastos

La Real Academia Española[1521] señala que la palabra «gasto» significa «Acción de gastar. Cantidad que se ha gastado o se gasta. [...]». Por otra parte[1522], indica que la palabra «gastar» significa, de acuerdo a otra de sus acepciones: «Emplear el dinero en algo. [...]».

En realidad, los gastos constituyen todos aquellos desembolsos que se hayan hecho conducentes a la celebración del contrato o, hablando en singular, al nacimiento de la obligación de que se trate. Aclaramos, sin embargo, que la palabra «gastos» también puede referirse a las expensas en las que puede haber incurrido el acreedor para la cobranza del capital e intereses adeudados.

2.3. Intereses

En la opinión más difundida, el interés es un fenómeno económico de valor, y como tal constituye el precio que se paga por la disposición de un capital.

No obstante, en su acepción jurídica el interés se define como el rédito, rendimiento, fruto o remuneración de un capital.

Sobre el tema planteado por el artículo 1257 del Código Civil, ya señalaba Pothier[1523] que en las deudas en cuya naturaleza está producir interés, el cómputo debe hacerse entre los intereses mejor que sobre el capital. Agrega que eso tiene lugar aun cuando la carta de pago expresara que la suma ha sido pagada a cuenta del principal y de los intereses; *in sortem et usuras*, pues se entiende en ese sentido que la suma se ha recibido a cuenta del principal, deducidos los intereses abonados, debiéndose observar que si la suma pagada excede lo que es debido por intereses, el sobrante se descuenta del capital, aun cuando la imputación hubiese sido hecha expresamente sobre los intereses, sin hablar del capital.

Precisa Pothier que esta decisión debe entenderse cuando el capital fuese exigible. Mas si el deudor de un censo perpetuo hubiese pagado por error más de lo que debía, por razón de las pensiones debidas, podría repetir lo que hubiese

1521 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo I, p. 682.

1522 *Idem.*

1523 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, pp. 235 y 236.

pagado de más, pues propiamente hablando, el capital de un censo perpetuo no es debido, no lo es más que *in facultate solutionis*, y no se presume que el acreedor hubiese consentido en una redención por parte.

Finaliza el jurista de Orléans señalando que esta regla de que el descuento debe hacerse sobre los intereses antes que sobre el capital no tiene lugar respecto de los intereses que debía en pena de su tardanza desde el día de su emplazamiento, intereses que se adjudican como daños y perjuicios, y forman una deuda distinta del capital, y lo que el deudor paga, cuando no hay imputación de hecho, se imputa sobre el capital mejor que sobre los intereses.

Sobre este tema, Alterini, Ameal y López Cabana[1524] enseñan que rige también aquí el principio de integridad del pago. Pero, lógicamente, si el acreedor lo tolera, el deudor puede pagar intereses sin oblar simultáneamente el capital y, a la vez, el pago hecho por cuenta de capital e intereses se imputará primero a los intereses, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital. Y si otorgase, en cambio, recibo del capital sin reserva alguna sobre los intereses, se extinguiría la obligación respecto de ellos.

Consideramos, por lo demás, que para el supuesto del artículo 1257 del Código Civil peruano no es necesaria la presencia del elemento de homogeneidad entre los objetos de las prestaciones, ya que aquí estamos frente a una sola obligación, que consiste en el pago de diversas prestaciones (aquéllas que generan el deber de devolver el capital y de pagar los gastos e intereses). Queda claro, entonces, que la concepción del artículo 1257 es totalmente distinta a la del artículo 1256.

Pero no siempre se dará el supuesto de concurrencia de estas tres prestaciones en la relación obligacional.

Por ello, efectuamos el siguiente razonamiento:

(a) Si la deuda solamente está constituida por el capital y el deudor paga, obviamente no regirán los principios de imputación del pago, puesto que se sabrá a ciencia cierta que está pagando dicha prestación.

(b) Si la deuda está integrada por capital y gastos, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el artículo 1257 no podría aplicarlo al capital antes que a los gastos.

Estimamos pertinente señalar, respecto a los gastos, que éstos no generan intereses compensatorios o legales (a menos que se hubiese pactado lo contrario en el título de la obligación).

Sin embargo, los gastos sí son susceptibles de originar intereses moratorios, vale decir, aquéllos que se devengan desde la constitución en mora del deudor.

1524 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, pp. 142 y 143.

(c) Si la deuda está constituida por capital e intereses, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el mismo precepto no podría aplicar dicho pago al capital antes que a los intereses.

(d) Y, finalmente, si la deuda está integrada por capital, gastos e intereses, y el deudor efectuase un pago, conforme al artículo 1257 del Código Civil no podría aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

Naturalmente, todo ello es susceptible de variación si el acreedor otorga su conformidad a una imputación diferente.

Como se recuerda, en materia civil los intereses no generan intereses, salvo que sean capitalizados. La capitalización, a su vez, sólo puede pactarse por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso. Esta norma sobre el anatocismo se encuentra prevista por el artículo 1250 del Código de 1984.

Los gastos —si se tratase de un contrato de mutuo— pueden generar intereses legales o convencionales. El capital, por su parte, usualmente origina intereses convencionales —si se tratase de un contrato de mutuo— y, a falta de pacto sobre su cuantía, intereses legales.

Dentro de estos planteamientos es razonable, como medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso, que éste, salvo acuerdo en contrario, deba pagar en primer término los intereses, que sólo si se capitalizaran generarían intereses; luego los gastos, que con frecuencia sólo originan intereses moratorios, inferiores a los convencionales; y finalmente el capital, que usualmente genera intereses convencionales superiores a los legales.

Cabe aclarar, por último, que razones de técnica jurídica determinan que sería aconsejable consignar los preceptos del artículo 1257, en la parte final del capítulo sobre imputación del pago, para lograr una secuencia lógica de las normas hoy contenidas en los artículos 1256, 1258 y 1259 del Código Civil, que se refieren a un supuesto diferente que el previsto por el artículo 1257[1525].

Los Tribunales de Justicia peruanos[1526] se han pronunciado sobre este tema, señalando que: «Los pagos efectuados por el ejecutado siendo amortizaciones de la suma total consignada en el pagaré, han sido efectuados con posterioridad a la

1525 Sobre este punto, Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. «Orden de la imputación convencional». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 607) señala que «La norma es indicativa de una obligación de dar sumas de dinero y puede llevar a considerar que la imputación del pago sólo opera con obligaciones de esa naturaleza. Pero, como ya lo hemos expuesto, la imputación funciona tanto en las obligaciones con prestaciones de dar como con prestaciones de hacer, por lo que la norma bajo comentario es de carácter especial pues atiende sólo a obligaciones de capital».

1526 Expediente n.° 036-2005-Lima.

fecha de vencimiento del pagaré puesto a cobro; por tanto, mal puede interpretar el ejecutado que dichos pagos sean aplicados a la suma total adeudada cuando el plazo de cancelación ha vencido, siendo así que el monto consignado en el pagaré no ha sido materia de ninguna variación. Sin perjuicio de lo antes expuesto, los pagos efectuados serán imputados conforme a lo establecido por el artículo 1257 del Código Civil».

Asimismo, se ha señalado que: «Existe un orden para pagar deudas, no pudiendo abonarse la obligación principal antes que los intereses, situación que no da por concluida la obligación que tenía el demandado contra el actor»[1527].

Por otro lado, también se ha dispuesto que: «No habiéndose ejecutado íntegramente la prestación, no se puede entender efectuado el pago a cuenta del capital»[1528].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1527 Casación n.° 149-95-Lima.
1528 Casación n.° 183-95-Lima.

Imputación efectuada por el acreedor

Artículo 1258.- Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.

1. Fuentes nacionales del artículo 1258

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: «*Si por auentura, el que fiziesse la paga, non dixesse por qual debdo la fazia, e el que las rescibe, señalasse luego uno de los debdos principales, diziendo que las rescibe por el, e se callase el que fazia la paga; estonce deue ser contada en el debdo que señaló, e non en otro*».

El artículo 1258 del Código Civil peruano 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 trataba sobre el tema en el artículo 849: «El deudor de diferentes deudas, que ha aceptado un finiquito, por el que el acreedor ha aplicado el pago recibido a una deuda señaladamente, ya no puede pedir su aplicación a otra, a no ser que haya habido dolo o sorpresa de parte del acreedor»; en tanto que el Código Civil de 1852 no se ocupaba del particular.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba sobre la materia en el artículo 2112: «Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.— Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 237: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas líquidas y vencidas debe hacerse la imputación del pago pero hubiere aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra ésta aplicación del pago, a menos que hubiere causa que invalide el acto»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 226: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación del pago, pero hubiese aceptado recibo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra ésta aplicación del pago, a menos que hubiera causa que invalide el acto»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1256: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1265: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 116: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 115: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no podrá reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1278: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no podrá reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1225: «Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla».

2. Análisis

El supuesto previsto por el artículo 1258 del Código Civil es que el deudor haya efectuado un pago, no indicando a su acreedor a cuál de las obligaciones que mantiene con éste corresponde. Si en tal caso el deudor hubiese aceptado recibo del acreedor por el cual éste imputase el pago, no podría reclamar de esa imputación, salvo que exista una razón que impida practicarla.

Moisset de Espanés[1529] sostiene que se trata del caso en el que el acreedor ha hecho la imputación y ha dado un recibo en el que deja constancia de cuál de

1529 Moisset de Espanés. Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 362.

las deudas ha sido objeto de la imputación. El deudor ya ha perdido entonces la facultad de imputar, y no puede pedir que se modifique o varíe la imputación hecha por el acreedor.

Debe precisarse, en primer término, que esta norma no está conculcando derecho alguno del deudor, ya que en virtud del artículo 1256 éste tiene la facultad prioritaria de imputar el pago a alguna de las deudas que mantiene con su acreedor.

El supuesto base del artículo 1258 es que el deudor haya omitido la diligencia requerida para efectuar la imputación al tiempo de verificar el pago, o antes de que el acreedor le otorgue recibo.

En tal sentido, el otro supuesto del precepto es que el acreedor haya procedido a efectuar la imputación, al no haber sido verificada por el deudor.

Resultaría a todas luces injusto permitir al deudor negligente, luego de efectuada la imputación del pago por el acreedor, variarla unilateralmente.

Como expresa José León Barandiarán[1530]:

> «La imputación por el acreedor tiene un carácter subsidiario, en caso de que ella no haya sido verificada por el deudor. El deudor, que en primer término tiene el derecho de hacer la imputación, debe efectuar ésta en el momento del pago. Si entonces no la efectúa, corresponde al acreedor, conforme a los términos del artículo 1265 (se refiere al Código Civil peruano de 1936). La imputación en este caso la hace el acreedor, pero con el asentimiento del deudor, que se manifiesta por la aceptación del recibo en que el acreedor hace la imputación. Así que tal aceptación comporta propiamente un convenio *inter partes*, de suerte que una modificación en la interpretación no sería posible si no es de común acuerdo. Ni el deudor ni tampoco el acreedor pueden por su sola voluntad imponer la modificación. El acreedor sólo puede libremente elegir la deuda a que se imputa el pago, hasta antes de la aceptación del recibo por el deudor; después, no.
>
> Para evitar hesitaciones, la ley exige que la imputación efectuada por el acreedor conste en el recibo mismo de pago. Es una formalidad, que de no existir impide considerar hecha cualquier imputación en otra forma».

Creemos pertinente reparar, en este punto, que el artículo 1258 del Código Civil, cuando hace referencia al supuesto en que el deudor no hubiese indicado a cuál de las deudas deba imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas [...], alude expresamente a que el recibo que emite el acreedor deba ser aceptado por el deudor. Sólo en ese instante, y no antes, surte efectos la imputación hecha por el acreedor.

1530 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 350 y 351.

Debemos mencionar, adicionalmente, que la aceptación del recibo emitido por el acreedor, por parte del deudor, a que hace referencia el artículo 1258, es simple y llanamente una aceptación tácita, por no requerirse manifestación expresa de voluntad. Basta pues que el acreedor emita el recibo, se lo entregue al deudor y éste no efectúe, en ese momento, reparo alguno al respecto.

De allí que resulte singularmente importante que el deudor, al tiempo en que el acreedor le entregue el recibo, haga las salvedades del caso, pues de lo contrario sólo podría reclamar por alguna de las causales previstas en la última parte del artículo 1258, vale decir, cuando exista causa justificada por la ley que impida al acreedor practicar la imputación verificada.

No habría inconveniente alguno, desde luego, para que deudor y acreedor, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan variar la imputación efectuada, quedando a salvo, por cierto, los derechos de terceros.

Ahora bien, la última parte del artículo 1258: «[...] a menos que exista causa que impida practicarla [...]», entra en juego principalmente, en nuestra opinión, en los supuestos siguientes:

(a) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ilíquida o no vencida, ya que el deudor, en este caso, todavía no estaría obligado a pagar. Sólo le corresponderá hacerlo a partir de la fecha de vencimiento de la obligación o, de ser el caso, desde que se liquide su monto.

El supuesto de obligación no vencida corresponde a la categoría de las obligaciones de ejecución diferida, por contener plazo o condición suspensivos.

(b) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ya pagada o extinguida, casos en los cuales se trataría de un pago inútil que originaría un supuesto de pago indebido o de enriquecimiento sin causa.

Alterini, Ameal y López Cabana[1531] piensan que en estos casos el acreedor también tiene algunas cortapisas para la imputación que hace, pues debe elegir una de las deudas líquidas y vencidas, con lo cual está impedido de imputar el pago que recibe a deudas ilíquidas o no vencidas. En esto, agregan, tiene igual limitación que el deudor. Y no puede dividir el pago, imputándolo al pago total de una deuda y al pago parcial de otra, porque esto implicaría pasar por alto el impedimento de exigir pagos parciales al deudor.

Añaden los profesores citados que la imputación que el acreedor hace al recibir el pago puede estar viciada por error, dolo o violencia del deudor, respecto de todos los cuales rige la teoría general del acto jurídico. Señalan, además, que de acuerdo con lo normado por el Código Civil argentino, se agrega una noción nueva: la «sorpresa por parte del acreedor», que también invalida la imputación

1531 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 142.

hecha por éste, pues implica «una suerte de dolo de tono menor», que si bien no supone la maniobra engañosa, comporta «deslealtad o abuso de confianza por parte del acreedor».

Por otra parte, no consideramos comprendido dentro de las excepciones bajo análisis, el supuesto del acreedor que imputa el pago a una obligación ya prescrita, caso en el cual el deudor siempre habría estado obligado a pagar la prestación, con la única salvedad de que el acreedor carecía de acción legal para cobrarla.

Debemos señalar, en este punto, que si se pagase parte de una deuda prescrita, resulta evidente que al pretender cobrarse el saldo, el deudor podría oponer la excepción de prescripción.

Parece evidente, en fin, que lo expuesto no agota los casos susceptibles de estar comprendidos dentro de la excepción prevista por el artículo 1258, tales como la hipótesis de una obligación inexistente o contraída por un tercero, etcétera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imputación legal

Artículo 1259.- No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1259

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: «*Si acaesciesse, que el que fiziesse la paga, nin el que la rescibe, non señalaron por cual debdo la fazian; estonce, si las debdas fueren eguales, que non aya agrauiamiento, ninguno, de pena, nin de usura, nin de otra manera, mas en el uno que en el otro; deue ser partida la paga en todos los debdos principales, en aquellos que conociere el debdor, sobre que non ouisse contienda ninguna. E si por auentura debda y ouire alguna, que fuesse mas agrauiada que las otras por razón de pena que fuesse puesta, o por otra agrauiamiento semejante, estonce deue ser contada la paga tan solamente en tal debda como esta, que es mas grave*».

El artículo 1259 del Código Civil peruano 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 trataba el tema en su artículo 850: «Cuando en el finiquito no se ha hecho aplicación ninguna, se entenderá satisfecha la deuda que interesa más al deudor, siendo todas las deudas vencidas; mas si no lo son, se entenderá satisfecha la que esté vencida, aunque sea menos gravosa al deudor que las otras. Si son todas de igual naturaleza, la aplicación se hará a la más antigua; y si son en todo iguales, se distribuirá proporcionalmente»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 2230: «Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.— Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.— El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses».

CARLOS FERNANDO CASTILLO FREYRE

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en el artículo 2912: «Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.— Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en el artículo 239: «No expresándose en el recibo del acreedor a qué deuda se hubiera hecho la imputación, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a todas proporcionalmente»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 228: «No expresándose a qué deuda se hubiera hecho la imputación se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1258: «No expresándose a qué deuda debiera hacerse la imputación, se aplicará el pago a la que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, a todas proporcionalmente»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1267: «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, a todas proporcionalmente».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 118: «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la deuda vencida; entre varias deudas vencidas, a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; entre varias deudas igualmente onerosas, a la más antigua. Si tales criterios no sirven para resolver el caso, la imputación se hace proporcionalmente a las varias deudas»: en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 116: «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación se aplicará el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, se aplicará el pago a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y

FONDO EDITORIAL PUCP

onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pudieran aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1279: «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación se aplicará el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, se aplicará el pago a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pudieran aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1226: «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente».

2. Análisis

La razón de ser del artículo 1259 del Código Civil peruano de 1984 es la de disipar, por intermedio de una norma legal, la incertidumbre sobre la obligación que se extingue, teniendo en cuenta que ni el deudor ni, a su turno, el acreedor, hubiesen efectuado la imputación. Este precepto estatuye una imputación legal del pago que no sólo evita desconocer cuál es la obligación extinguida, sino que genera importantes consecuencias jurídicas respecto de los efectos anteriormente señalados, tales como la prescripción, garantías, intereses, etcétera.

Vidal Ramírez[1532] sostiene que se trata de una genuina norma supletoria que opera ante el silencio del deudor y del acreedor respecto de la imputación del pago. La norma dispone un orden de prelación que establece un equilibrio entre el derecho que asiste al deudor y el que asiste al acreedor.

En realidad, la imputación legal del pago no es una institución novedosa. Ya Pothier[1533] establecía principios fundamentales sobre el particular.

El artículo 1259 del Código establece un orden en el cual deberá efectuarse la imputación de un pago hecho sin haberse expresado cuál de las deudas se extingue. Así, el Código dispone que de existir dos obligaciones de la misma naturaleza, con prestaciones homogéneas, el pago efectuado se imputará a la menos garantizada. Esta presunción tiene el propósito de proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor.

El Código añade que de existir dos o más deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor. En relación con el principio de mayor onerosidad, Alterini, Ameal y López Cabana,[1534] refiriéndose al Código

1532 Vidal Ramírez, Fernando. «Imputación legal». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 612.

1533 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, pp. 232-235.

1534 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana.*Op. cit.*, tomo I, p. 144.

Civil argentino, expresan que el pago, por lo pronto, debe ser imputado a la deuda más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante; texto legal del que surge que la mayor onerosidad es una cuestión de hecho, que se aprecia de las circunstancias del caso, que no se agotan —por cierto— con la enumeración enunciativa de la ley. Recuerdan, además, que la jurisprudencia ha decidido, por ejemplo, que el principio de mayor onerosidad rige las deudas que constan en título ejecutivo, o las prestaciones parciales periódicas más antiguas.

Al señalarse el supuesto de deudas igualmente garantizadas, se podría pensar que el artículo 1259 está aludiendo a aquellas obligaciones respecto de las cuales se ha constituido una misma garantía, sea ésta real o personal, o garantías diferentes, pero de la misma naturaleza (como sería el caso de bienes dados en prenda que garanticen plenamente dos obligaciones distintas), o de garantías personales otorgadas por la misma persona (por ejemplo, una fianza).

Sin embargo, no es éste, en nuestra opinión, el sentido del precepto. Por ejemplo, si una obligación está garantizada por una sólida hipoteca y otra por una sólida fianza bancaria, las dos estarían igualmente garantizadas.

Sin lugar a dudas el tema de la importancia de una garantía en relación con la otra es susceptible de generar las mayores controversias. Por tal razón deseamos formular ciertos comentarios destinados a aclarar determinados conceptos.

En primer término, una garantía no es necesariamente mejor o más idónea que otra por ser de naturaleza distinta. Como sabemos, en cuanto a garantías se refiere, éstas pueden ser personales o reales.

La garantía personal por excelencia es la fianza, contrato del cual se ocupa el Código Civil peruano de 1984 en sus artículos 1868 a 1905.

Por otra parte, las garantías reales se clasifican en la anticresis (artículos 1091 al 1096 del Código Civil peruano), la hipoteca (artículos 1097 al 1122 del Código Civil peruano) y la prenda (hoy casi atípica legal, por efecto de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley n.º 28677), esta última, *de naturaleza jurídica discutible, aunque nos inclinamos por considerar que se trata de una garantía real*[1535].

Cabe dejar en claro, al respecto, que una garantía real no es más eficiente, necesariamente, que una garantía personal.

En el entendido de que ambas garantías aseguren el monto de las dos obligaciones, cabe la posibilidad de que la garantía personal sea más sólida que la real, como ocurriría en el caso de que ella consistiera en una fianza solidaria otorgada

1535 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

en favor del acreedor por una persona muy acaudalada, en tanto que la garantía real estuviera constituida por una hipoteca sobre un bien de valor relativo.

Podría, desde luego, ocurrir la situación contraria, como sería el caso de que la fianza hubiera sido constituida por una persona de relativa solvencia, en tanto que el bien otorgado en garantía de la otra obligación fuera de inmenso valor.

También podríamos encontrarnos ante el problema de determinar, dentro de garantías de una misma naturaleza (personales o reales), cuál de ellas es la más sólida.

Imaginemos, para el efecto, dos fianzas otorgadas por personas de similar solvencia patrimonial, o dos hipotecas constituidas sobre bienes de similar valor.

Podríamos plantearnos, incluso, los supuestos de que se trate de tres obligaciones garantizadas: una por una garantía mobiliaria, otra por anticresis y una tercera por hipoteca. En este caso también tendríamos que apreciar la solidez de cada una de las garantías.

Como se observa, el tema no reviste, necesariamente, claridad meridiana, y ello nos obliga a remitir al lector a la casuística, y llegar a la ineludible conclusión de que en la duda serán los tribunales los encargados de efectuar la determinación de cuál es la obligación más garantizada.

Por otra parte, el artículo 1259 bajo comentario nos plantea el tema de la mayor o menor onerosidad de las obligaciones objeto de la imputación del pago.

Dentro de tal orden de ideas, la materia tampoco tiene precisión absoluta, pues podría entenderse que el precepto se refiere al porcentaje de intereses que generen las obligaciones o a los montos de las obligaciones principales (los capitales adeudados).

En nuestra opinión, la obligación más onerosa no sería necesariamente la de mayor monto, pues si una, la de menos cuantía, devenga intereses del 20 % anual, y la otra, intereses del 10 % anual, la imputación se hará a la primera.

Al hacer alusión a la mayor onerosidad de la obligación, podría pensarse en su mayor monto, pues una deuda de mayor cuantía sería más onerosa que otra de monto menor. Sin embargo, lo reiteramos, la mayor o menor onerosidad está, en el caso propuesto, en relación directa al tema de los intereses, cuyo índice determinaría, sin duda, que una deuda sea más o menos onerosa que otra.

En buena cuenta, podríamos encontrarnos ante una obligación de monto menor pero de intereses mayores y ante otra de monto mayor pero de intereses menores. Para efectuar la imputación precisaría verificarse, mediante cálculos matemáticos, cuál de las dos obligaciones es la que genera mayores intereses.

Consideramos, en suma, que el tema de la onerosidad está directamente relacionado con la prestación cuyo discurrir origina más cargas para el deudor.

ESPINOZA MARIO CASTILLO PEREZ

Por otra parte, de existir varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, el pago se imputará a la más antigua.

El sentido del precepto es que, en ausencia de deudas menos garantizadas o más onerosas para el deudor, primero deberán pagarse las obligaciones más antiguas, pues ellas serían, en el caso propuesto de los intereses, las que habrían generado la más alta proporción. Sin embargo, si se tratase de obligaciones que no devengan intereses, interviene el factor de disipar la incertidumbre optando por una de ellas; en el caso del Código peruano, con criterio lógico, por la primera obligación generada entre las partes[1536]. El Código, en el supuesto bajo comentario, tiene por finalidad intentar por hipótesis *casin certi duncumes*, la que, por citar un ejemplo representativo, no es tomada en cuenta por la legislación argentina.

En resumen, ante la encrucijada de optar definitivamente acerca de cuál de las obligaciones es la que se extingue primero, resulta plenamente razonable que sea aquélla que se contrajo primero.

En lo personal, hemos cambiado de opinión, ya que creemos que deuda más antigua no es necesariamente la que se contrajo primero, sino aquella que venció primero y se encuentra impaga. Así lo venimos sosteniendo invariablemente en nuestras clases universitarias. Imputar el pago a una deuda contraída con mayor antigüedad podría carecer de relevancia, porque ella, incluso, podría no haber vencido todavía. Lo importante es ir cancelando las deudas que se encuentran impagas desde fecha más antigua[1537].

Por último, si las reglas consignadas en las tres hipótesis anteriores no pudieran aplicarse, la imputación se haría proporcionalmente a cada una de las deudas. Éste es el supuesto que Alterini, Ameal y López Cabana[1538] llaman «prorrateo». Por ejemplo, si un deudor tuviese con un acreedor tres obligaciones dinerarias, las tres consistentes en pagar la cantidad de ocho mil soles; las tres igualmente garantizadas por hipoteca sobre un mismo inmueble (que cubre holgadamente los tres montos); e igualmente antiguas (las tres contraídas, y vencidas, el día 31 de mayo de 2011); y el deudor pagara —aceptando el acreedor este pago parcial— la cantidad de tres mil soles, al ser dichas obligaciones igualmente garantizadas, onerosas y antiguas, el pago se imputaría proporcionalmente, correspondiendo mil soles a cada obligación. En tal sentido, después de efectuado el pago, el deudor deberá la cantidad de siete mil soles por cada una de dichas obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1536 En el Derecho argentino hubo un arduo debate con respecto a qué se debe entender por la obligación más antigua ¿Qué antigüedad se debe tener en cuenta? ¿La del nacimiento de la obligación o la del vencimiento? (Moisset de Espanés. Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 364).

1537 Texto correspondiente a la tercera edición.

1538 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal, y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 143.

No obstante lo expresado, parece poco probable que se presente una situación como la anotada en el párrafo precedente. Se trata, por lo tanto, de un supuesto excepcional, que el Código, sin embargo, ha hecho bien en prever.

Por ello, consideramos que el último extremo del artículo 1259, más que por su utilidad práctica, es el complemento de una hipótesis teórica difícil de presentarse. *Lo normal, en este caso, es que las deudas sean de montos distintos y que la proporcionalidad en el pago se refiera, estrictamente, a tales montos*[1539].

Para concluir con nuestros comentarios, es pertinente pronunciarnos sobre cómo se podría entender aplicable el artículo 1259 del Código Civil en las obligaciones de hacer.

En primer lugar, debemos recordar lo antes señalado, en el sentido de que resulta extremadamente difícil que nos encontremos ante un supuesto de imputación del pago referido a obligaciones de hacer, que no concluyan en un dar.

Pero de presentarse el caso, también deberá determinarse cuál de las obligaciones es la más garantizada; en su defecto, cuál es la más onerosa; y en ausencia de ambos criterios, cuál es la más antigua; aclarando, sin embargo, que en las obligaciones de hacer el prorrateo de que trata el último extremo del artículo 1259, será, en prácticamente todos los casos, de imposible aplicación, lo que también ocurriría en las obligaciones de prestación indivisible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1539 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo quinto
Pago con subrogación

Subrogación legal o de pleno derecho

Artículo 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor:

1.- De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

2.- De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

3.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1260

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la subrogación legal, podemos citar la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 34, Título XIII, Partida Quinta.

El artículo 1260 del Código Civil peruano 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 abordó el tema en sus artículos 845: «La subrogación es legal: 1° en favor de un acreedor que paga a otro, que le es preferible por los privilegios o hipotecas; 2° en favor del adquirente de una cosa inmueble, que emplea el importe de su adquisición en satisfacer a los acreedores, a quienes estaba hipotecada la cosa; 3° en favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda, tiene interés en satisfacerla; 4° en el del heredero beneficiario, que paga con su dinero las deudas de la herencia»; y 843: «La subrogación es la traslación de derechos y acciones, que por título legítimo tiene una persona contra otra. Ella es convencional o legal»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 2234: «No se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, sustituyéndose al acreedor en sus derechos.— Esta sustitución se verifica ordinariamente por convenio; pero tiene lugar también por el ministerio de la Ley, siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legislaba sobre la materia en diversas normas, entre ellas los artículos 2925: «La subrogación

FELIPE MARIO CASTILLO FREYRE

por disposición de la ley, o *ipso iure*, se verifica: 1° En favor del que, siendo acreedor, paga a otro acreedor que goza de preferencia por razón de privilegio o hipoteca; 2° En favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda la paga, porque tiene interés en cubrirla; 3° En favor del que, habiendo adquirido un inmueble gravado, tiene obligación de pagar a los acreedores, a quienes el inmueble está hipotecado; 4° En favor del heredero que habiendo aceptado la herencia con beneficio de inventario, ha pagado con su propio dinero deudas de esa herencia; 5° En favor del que paga deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor»; 2926: «La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a los artículos 2923 y 2924; 3° La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda, de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de éstos últimos deba contribuir al pago de la deuda»; 2921: «La subrogación es una ficción jurídica, por la cual se reputa que una obligación en realidad extinguida para el primitivo acreedor por el pago que ha hecho un tercero, continúa a favor de éste, como si formase una misma persona con aquél»; y 2922: «La subrogación se verifica convencionalmente, o por disposición de la ley».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en el artículo 240: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.— 2° Del acreedor que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble.— 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.— 4° Del tercero, no interesado en la obligación, que pague con aprobación expresa o tácita del deudor»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el artículo 229: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2° Del acreedor que adquirió un inmueble y que paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda; 4° Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1259: «La subrogación se opera de pleno

derecho a favor: 1°.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2°.- Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3°.- Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1269: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2. Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató la materia en su artículo 120: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2. Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 117: «La subrogación opera de pleno derecho a favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.— 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.— 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1280: «La subrogación opera de pleno derecho en favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros; 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1227: «La subrogación opera de pleno derecho en favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.— 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.— 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente».

2. Análisis

A fin de proteger al tercero que paga una deuda ajena o al codeudor de una obligación indivisible o solidaria que cumple con pagarla en su integridad, el Código Civil peruano ha previsto una institución especial: el pago con subrogación.

En efecto, en ciertos casos, cuando quien satisface el interés del acreedor no es el obligado, o no lo es a pagar el íntegro de la prestación, la ley civil peruana desconoce el efecto liberatorio de dicho pago y faculta a ese *solvens* a ocupar el lugar del acreedor en la relación obligatoria, de suerte que se sustituirá en la titularidad de sus derechos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. Concepto

Moisset de Espanés[1540] ha señalado que la tendencia actual del Derecho de las Obligaciones es entender a la subrogación como una institución jurídica que no sólo es aplicable a efectos del pago efectuado por un tercero. En efecto, este reconocido autor explica que «subrogación, diríamos lisa y llanamente, es sustitución o reemplazo, y no aparece solamente a propósito del pago».

A entender de Llambías[1541], el pago con subrogación es una institución compleja que encierra dos ideas, en cierto modo incongruentes entre sí: la de pago, que implica extinción de la obligación; y la de subrogación, que apunta a la sustitución de una persona por otra en la titularidad o ejercicio de un derecho, con la transmisión consiguiente de ese derecho. Si el pago extingue la obligación, ¿qué es lo que queda que pueda transmitirse? Llambías explica el problema señalando que se trata de un pago sui géneris que produce un desdoblamiento: se extingue el crédito en la persona del acreedor primitivo, que resulta desinteresado y eliminado de la relación obligacional, pero subsiste la deuda a cargo del obligado y a favor de quien pagó al acreedor, explicándose así que pueda haber una sustitución de personas en la relación creditoria subsistente.

Sobre el particular, anotan Cazeaux y Trigo Represas[1542] que mediante esta especial institución, el efecto normal y específico del pago, que es la integral extinción de la obligación, se produce sólo respecto del acreedor primitivo, cuyo derecho queda extinguido en tanto y en cuanto resulta satisfecho su crédito, subsistiendo —en cambio— la obligación del deudor, tal cual era, con relación al tercero que pagó, y que viene —por tal razón— a ocupar el lugar del acreedor originario. Es por ello que ha podido decirse que en estos casos se produce una extinción subjetiva, mas no objetiva, de la obligación, y que en el tema subestudio, el pago no extingue propiamente la obligación, sino que, simplemente, da lugar a un cambio o sustitución de la persona del acreedor.

Expresa Borda[1543] que es lógico, en efecto, que cuando una persona paga lo que debe otra, tenga derecho a reclamar del verdadero deudor la repetición de lo pagado, y que ese crédito suyo tenga —por lo menos— iguales garantías y privilegios que los que tenía la obligación primitiva, de modo que en nada se perjudica el deudor con ello, porque sólo se ha producido una sustitución de acreedor.

1540 Moisset de Espanés. Luis. «Notas sobre el pago con subrogación en el Código Civil peruano». En *Actualidad Jurídica*, n.° 81. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 55.

1541 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 336 y 337.

1542 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 48 y 49.

1543 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 582 y 583.

Para Colin y Capitant[1544] el pago con subrogación es una institución que difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda, no hace más que cambiar la persona del acreedor. El deudor se libera, sin duda, respecto a su acreedor, pero se convierte en deudor del que ha pagado la deuda por él.

Anotan los profesores citados que con frecuencia el acreedor es pagado por quien no es deudor. Por ejemplo, existen varios deudores y uno solo paga toda la deuda, o paga un fiador, o un tercero que no estaba obligado en modo alguno. El que paga de este modo una deuda ajena, se reserva, naturalmente, a no ser que haya obrado *animus donandi*, el derecho de ser reembolsado por el deudor. Y para garantizar este reembolso quiere ser subrogado en los derechos del acreedor, es decir, convertirse en titular del crédito que acaba de pagar.

A nuestro modo de ver, el pago con subrogación es una variante del pago, en la medida de que se produce cuando quien paga es una de las personas contempladas por la ley a efectos de la subrogación legal o convencional, que tiene características muy especiales en cuanto deviene en extintivo para el acreedor que se beneficia con él, mas no lo es para el deudor por quien se paga y para quien paga por dicho deudor, en la medida que el *solvens*, al ocupar el lugar del acreedor en la relación obligatoria, podrá ejercer todos los derechos que el acreedor tenía respecto al propio deudor.

2.2. Caracteres

Por otra parte, en opinión nuestra, el pago con subrogación es el medio extintivo de obligaciones regulado por el Código Civil peruano que más problemas conceptuales presenta.

Hablar del pago con subrogación es referirse a una serie de elementos que escapan con frecuencia a nuestras nociones clásicas. Muchas de las doctrinas del Derecho de Obligaciones no encuentran eco en el tema del pago con subrogación. Es más, podríamos incluso afirmar que múltiples conceptos no presentan correspondencia con la doctrina del pago con subrogación. Todo ello determina que esta forma de pago asuma caracteres muy singulares.

En este sentido, señala Giorgi[1545] que el pago con subrogación es una de las figuras jurídicas más singulares y difíciles a los ojos del teórico, y, a la vez, de las más liberales y benéficas en manos del práctico. En teoría, el pago con subrogación se rebela contra las reglas más elementales, porque mientras participa del pago y de la cesión, se resiste a sujetarse a sus preceptos y con su índole rebelde se escapa a toda definición. En el terreno de las aplicaciones, facilitando el cobro de los créditos, favorece la suerte de los deudores; y las palabras con que se enuncia,

1544 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 202-204.

1545 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, p. 176.

prodesse non nocere, hacen al pago con subrogación una de las instituciones más beneméritas del vasto mundo de los negocios civiles y mercantiles.

Para una aproximación al pago con subrogación, debemos, en primer lugar, efectuar su caracterización de acuerdo a las posiciones que hemos asumido desde hace ya muchos años sobre los medios extintivos de las obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas precisamos que el pago con subrogación, por su idoneidad, puede ser considerado como un medio no ideal de pago, pues es efectuado, en la mayoría de los casos previstos por los artículos 1260 y 1261 del Código Civil, por un tercero ajeno a la relación obligacional, o por el deudor con el dinero de un tercero (inciso 3 del artículo 1261), pero él no extingue la obligación, sino sustituye en ella a un tercero en la posición que ocupaba el acreedor.

De este modo, el pago con subrogación escapa al ideal de pago en estricto, ya que no implica llegar al destino natural de toda obligación, cual es el cumplimiento de ésta y su extinción definitiva.

Además, él constituye un medio no ideal, por cuanto si bien es cierto que cumple con extinguir la deuda, la obligación no se extingue *erga omnes*, sino sólo para el acreedor a quien se paga, pero continúa surtiendo efectos frente a aquella persona que pagó y que se subrogó en el lugar del acreedor.

De lo que acabamos de expresar se infiere que el pago con subrogación tiene dentro de sus características el cumplir y el no cumplir con la función propia del pago.

Así, al pagarse al acreedor está cumpliendo su función de extinguir la obligación que se tenía contraída frente a él. Pero, por otro lado, ese mismo pago no cumple su función extintiva, al mantener vigente la obligación pero con respecto a una persona distinta del acreedor original.

Por ello, insistimos en que el pago con subrogación es un medio no idóneo de extinción de las obligaciones.

El pago con subrogación, en este sentido, representa un desdoblamiento de la propia obligación, la que, por un lado, se extingue y, por otro, mantiene su vigencia.

De acuerdo a sus efectos, podemos decir que el pago con subrogación es un medio no extintivo, en estricto, pues si bien tal institución significa un «pago», éste es relativo, ya que hace que subsista la relación jurídica, sólo que ella tendrá un nuevo acreedor. El pago con subrogación, y más allá de quién siga siendo el acreedor, no extingue, en consecuencia, la relación obligacional en forma definitiva.

Hablar dentro de los medios del pago, de medios no extintivos en estricto, parecería constituir una *contradictio in terminis*, ya que si nos referimos al pago deberíamos estar aludiendo a extinción. Pero hemos visto en un análisis anterior que la calidad de medios no extintivos le corresponde no sólo al pago con

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

subrogación, sino también la hacemos extensiva a la novación, compensación parcial y transacción, cuando ésta última importa la solución del asunto dudoso o litigioso creando nuevas obligaciones entre quienes transigen.

Por las partes que intervienen, el pago con subrogación puede revestir diversas características.

En primer lugar, se tratará de un pago unilateral, en la medida en que para su verificación no se requiera que el acreedor intervenga. También revestirá tal carácter cuando, por razones previstas por la ley, el deudor recurra al mecanismo del pago por consignación. Pero podría tratarse de un pago bilateral, cuando medie asentimiento del deudor o del acreedor.

De este modo, según el inciso 1 del artículo 1260, la ejecución de la obligación indivisible o solidaria a que se refiere dicho precepto, podrá efectuarse, de acuerdo a lo previsto en el título de la obligación o la naturaleza de ésta, ya sea de manera unilateral o bilateral.

Por otra parte, ya dentro de los supuestos de subrogación convencional previstos por el artículo 1261 del Código Civil, la situación es distinta pues en los tres casos se requiere de la concurrencia de más de una voluntad, es decir, de que concurra la voluntad de otra persona aparte de la voluntad de quien paga.

Así, en lo que respecta al inciso 1 del mencionado artículo 1261, el pago con subrogación será bilateral, pues presentará como requisito el acuerdo de voluntades en tal sentido entre el acreedor que recibe el pago y el tercero que lo efectúa.

En lo relativo al inciso 2 del aludido artículo, el convenio se efectuará entre el tercero no interesado en la obligación, que la paga, y el deudor, que asiente en tal pago de manera expresa o tácita. No obstante lo señalado en este inciso, puede decirse —adicionalmente— que de acuerdo a los principios generales que inspiran la naturaleza jurídica del pago, éste puede llegar a revestir en la hipótesis bajo tratamiento, un carácter trilateral, pues podría concurrir —incluso— la voluntad del acreedor, aceptando el pago, si este hecho fuese necesario para que se verifique el cumplimiento de la obligación.

Lo propio podemos decir del inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, ya que en este supuesto existirá un acuerdo en favor de la realización de un pago de estas características celebrado entre el deudor, el acreedor y un tercero, que en este caso resulta ser aquella persona que presta el dinero al deudor para que efectúe el mencionado pago.

De acuerdo al criterio de la intervención de la voluntad humana, el pago con subrogación es un medio voluntario de extinción de las obligaciones, vale decir, que requiere de la presencia de la voluntad del deudor, del acreedor, de ambos, o de un tercero, esto es, que no funciona de pleno derecho, salvo los casos previstos por el artículo 1260 del Código Civil, en que sí opera de pleno derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si nos remitimos al criterio clasificatorio de la normalidad, consideramos que el pago con subrogación es un medio normal de extinción de las obligaciones, pues al estar previsto por la ley se constituye en uno de los conductos naturales por los cuales se extingue una obligación. Es decir, es una vía que el Derecho auspicia, protege y admite como normal. No obstante, dentro de los medios normales de extinción de las obligaciones, el pago con subrogación es aquél que se aleja más de tal normalidad, dadas sus características especiales.

Por último, y de acuerdo a la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, consideramos que el pago con subrogación es un medio satisfactorio, pues pasa por efectuar un cumplimiento, en este caso el de la prestación debida originariamente.

Aclaramos que al afirmar que el pago con subrogación es un medio satisfactorio de cumplimiento de las obligaciones, lo hacemos única y exclusivamente en razón de estimar que él cumple los intereses del acreedor. Sin embargo, con el pago con subrogación quedan insatisfechos los intereses de otras personas, ya que es obvio que quien paga, al momento en que lo hace y adquiere el derecho a subrogarse contra un tercero (deudor), todavía no ha visto satisfechos sus intereses, los que recién se verán cumplidos al tiempo en que el deudor efectúe el pago. En tal orden de ideas, sólo en este momento el pago con subrogación se convertirá, para quien pagó, en un medio satisfactorio de cumplimiento de la obligación.

Similar criterio sigue la Casación n.° 2560-98-Lima, de fecha 21 de abril de 1999, la misma que señala lo siguiente, «*Segundo*.- En cuanto al principio de subrogación, el derecho a ser indemnizado no significa la posibilidad de enriquecerse indebidamente, porque descartados los casos fortuitos y la fuerza mayor, si el daño ha sido causado por dolo o culpa grave de un tercero, y el de la empresa aseguradora, ésta debe ejercitar la facultad de subrogarse frente al responsable directo, y el tercero responsable no puede oponerse legalmente a la subrogación, invocando al aforismo de *res inter alios acta*, pues justamente el derecho subrogatorio constituye una excepción a dicho principio y por ende permite el ejercicio irrestricto de la referida facultad».[1546]

2.3. Naturaleza jurídica

Uno de los temas que mayor polémica suscita en materia de pago con subrogación es el relativo a su naturaleza jurídica.

A decir de Giorgi[1547], la controversia más viva y más seria que divide a las escuelas de los juristas recae en la determinación de la naturaleza jurídica del pago con subrogación. Dado que el pago hecho por quien quiera que sea extingue enteramente la obligación junto con los accesorios, resulta difícil de comprender cómo puede —en buena lógica— admitirse la subrogación en los derechos del

1546 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 941. [Texto correspondiente a la tercera edición]
1547 *Ibidem*, pp. 176 y 177.

acreedor a quien se pagó. ¿No quedaron estos derechos extinguidos para siempre? ¿El pago no hizo desaparecer el crédito con todas sus secuelas?

A nuestro modo de ver, el pago con subrogación es una forma especial de pago. Decimos especial en atención a sus efectos: el crédito queda extinguido respecto del acreedor que fue pagado, pero subsiste en favor de quien efectuó dicho pago.

No obstante, consideramos necesario formular ciertas precisiones en torno a algunas teorías que la doctrina ha asumido con relación a la naturaleza del pago con subrogación.

Estas doctrinas han intentado explicar la institución que nos ocupa a través de otras figuras jurídicas que revisten rasgos comunes con esta forma de pago[1548].

A entender de Rezzónico[1549], la aparente contradicción que se desprende del pago con subrogación se ha pretendido explicar con diferentes teorías. Refiere que autores como Pothier, Merlin y Marcadé enseñan que en la subrogación el crédito queda definitivamente extinguido por el pago mismo, y lo único que se transmite al tercero que ha pagado son los accesorios del crédito, como hipotecas, prendas, fianzas o privilegios, no el crédito mismo; y la acción por la cual ese tercero reclama el reembolso de lo pagado es simplemente, según las circunstancias, la acción derivada del mandato, o la de gestión de negocios, o la de préstamo, no la del antiguo acreedor.

Agrega Rezzónico que para otros autores, como Dumoulin, la subrogación no oculta otra cosa, bajo la certeza de las palabras, que una verdadera transferencia o cesión de créditos (aunque algunos, como Toullier y Colmet de Santerre, admiten que es una cesión sui géneris), y así parece aceptarlo Vélez Sarsfield en el artículo 769 del Código Civil argentino, al decir que la subrogación convencional se rige por las disposiciones sobre la cesión de derechos.

Para Roberto de Ruggiero[1550], la estructura jurídica de la subrogación da lugar a dificultades teóricas que se explican por el origen histórico de la institución. Apareció ésta en el Derecho intermedio, singularmente en el antiguo Derecho francés, derivando su nombre del canónico, pero relacionada con la institución romana del *beneficium cedendarum actionum*, ofreciendo alguna semejanza con la cesión, pero no es una cesión verdadera y propia, ni tampoco una simple cesión de acción. De tal manera que si en un cierto aspecto la subrogación puede entrar en el amplio concepto de la sucesión particular de créditos (en la cual entra la cesión), en otro se distingue netamente de éste porque mientras la cesión opera un simple traspaso del crédito de una persona a otra, la subrogación presupone la

1548 Emilio Betti (Betti, Emilio. *Teoría general de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, pp. 258-263) efectúa un minucioso análisis acerca de cuál es la naturaleza jurídica del pago por subrogación.

1549 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, pp. 831-833.

1550 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 108 y 109.

extinción de la relación obligatoria y nace sobre la base del cumplimiento. Agrega De Ruggiero que también esta doctrina es discutida por muchos que niegan que se debe considerar extinguida la obligación cuando se transfiere el crédito a un tercero. Algunos estiman que en tal caso la relación no se considera extinguida frente al tercero; pero como quiera que sea, esta afirmación es exacta y responde a la naturaleza misma de las cosas: que la relación se extingue para el acreedor por efecto del cumplimiento, pero subsiste para el deudor, pudiendo producir este efecto tanto la voluntad de las partes como la ley.

Expresa Giorgi[1551] que quienes sostienen que la naturaleza jurídica del pago con subrogación es la cesión, lo hacen en virtud a ciertas expresiones del Derecho romano respecto a la cesión de derechos, que el fiador podía pedir al acreedor, así como por las definiciones que algunos antiguos escritores franceses dieron de esta figura jurídica. Según Giorgi, esta escuela, si bien va perdiendo terreno, no carece tampoco de seguidores, al menos por lo que se refiere a la subrogación convencional; pero es más especiosa que sólida, ya que son sensibilísimas las diferencias entre la cesión y el pago con subrogación, tanto bajo el aspecto de la capacidad de quien lo consiente, cuanto bajo el de la formalidad que lo acompaña.

Giorgi anota que sin decir nada más, en el pago no es necesaria notificación alguna, y el regreso no puede pasar de la suma pagada; mientras en la cesión, cualquiera que sea el precio desembolsado, el cesionario puede exigir la totalidad, y la notificación al deudor es siempre necesaria. Ni el rescate litigioso, ni las prohibiciones que impiden la cesión de ciertos créditos encuentran aplicación en el pago con subrogación; como no hay lugar en él a la prestación de garantía, la cual —a su vez— es de cargo del cedente; porque el cesionario compra *lucri facendi causa*, mientras el tercero o el coobligado, pagando y haciéndose subrogar, *certat de damno vitando*. Y estas razones no desaparecen distinguiendo la subrogación legal de la convencional, pues en una u otra las diferencias de la cesión son las mismas.

Giorgi estima que el pago con subrogación es una figura jurídica sui géneris; ni toda cesión, ni todo pago. No la llama una cesión entre el tercero que paga y el deudor, ni un pago entre el tercero y el acreedor. Tampoco la llama una cesión oculta, saliendo de una dificultad para entrar en otra, ya que si se reputara que el acreedor había cedido el crédito, cómo se explicaría que no se verifiquen los efectos de la cesión.

El mismo tratadista considera que el pago con subrogación es una institución con caracteres del todo propios y especiales, que la distinguen de cualquier otra; es una figura por la que el pago hecho por el tercero o por el coobligado extingue el crédito con respecto al acreedor, pero lo deja subsistir al efecto del regreso en las relaciones entre el deudor y el que paga, el cual se considera como si fuera la

1551 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo vii, pp. 177-179.

misma persona del acreedor. Hay, pues —según Giorgi—, una ficción que consiste en suponer que el tercero es la misma persona del acreedor.

Al respecto, señala Huc[1552] que otros autores admitieron en conformidad a una tradición constante, que la subrogación es verdaderamente una especie particular de cesión de crédito que transmite al subrogado el crédito en sí. En este sistema el subrogado aprovechará el derecho que el título ejecutorio confería al acreedor.

Para Huc la interrogante es saber si la subrogación es la ficción de una transferencia-mandato o la ficción de una transferencia-cesión.

Huc afirma que los antiguos autores admitían dos tipos de transferencias de derechos incorpóreos. Para unos, el beneficiario de la transferencia podía obrar sólo como *procurator in rem suam*. Se decía entonces que había habido transferencia-mandato. En otros casos, y según algunos autores, el beneficiario de la transferencia podía hacer valer *proprio nomine* el derecho transmitido. Se decía entonces que había habido transferencia-cesión.

Considera Huc que es perfectamente legítimo asimilar la subrogación a una transferencia-mandato, pues es el único medio de rendir cuenta —racionalmente— de las diferencias que existen entre la subrogación y la cesión. Estas diferencias, en las que todos están de acuerdo, bastan para demostrar que no se debe considerar a la subrogación como a una cesión ficticia y, por lo tanto, vinculada a la venta.

Sobre el tema, Laurent[1553] afirma que la subrogación que se hace en favor de un tercero que paga la deuda por el deudor es, generalmente, un servicio que hace el tercero para el deudor. Es en el interés de la liberación que la ley permite a un interesado pagar la deuda, incluso sin el consentimiento del deudor. Por su parte, el acreedor podría ceder su crédito a pesar del deudor y, entonces, para el deudor la subrogación es más favorable que la cesión.

En nuestra opinión, las diferencias entre ambas figuras, esto es, entre la cesión de derechos y el pago con subrogación, son claras y las hemos analizado anteriormente.

Pregunta Laurent[1554], al opinar sobre el tema, que si el pago extingue el crédito, ¿cómo se pretende que un crédito extinguido pase al subrogado? ¿Tendría la subrogación el poder de revivir un crédito que dejó de existir? Responde Laurent que esto sería un milagro, y el Derecho no sabe de milagros. La lógica es una mala guía en el terreno de las ficciones. Sin duda, el pago extingue la deuda y una deuda extinguida no podría revivir. No obstante —refiere Laurent—, el pago con subrogación no es un pago ordinario, es un pago que no extingue definitivamente la deuda; en el momento mismo en que se paga la deuda, y antes de

1552 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 70.
1553 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 7.
1554 *Ibidem*, p. 12.

que se extinga, el acreedor transfiere sus derechos al subrogado. Esto no impide que haya pago, puesto que el acreedor recibe lo que se le debe. Entonces hay a la vez extinción del crédito y transferencia del crédito. Al recordar Laurent que la teoría de la subrogación descansa totalmente en una ficción, afirma que concebir que se extinga un crédito por el pago y se transfiera por la subrogación, que para el acreedor el crédito se extinguió y para el subrogado el crédito subsiste, es absurdo, pero que siempre hay un lado absurdo en las ficciones, ya que éstas se encuentran en oposición a la realidad de las cosas.

Llambías[1555], a su turno, anota que según la opinión de Aubry y Rau, jugaría en el pago con subrogación una ficción legal: el pago habría extinguido la obligación, no obstante lo cual la ley la consideraría subsistente y transmitida a favor del tercero que hizo el pago.

Precisa Llambías que esta idea de la ficción tiene el inconveniente —que en general tienen todas las explicaciones semejantes—, como decía Ihering, de «esquivar las dificultades sin resolverlas; no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema». Y, por otra parte, se ha observado que el empleo de la ficción podía ser familiar a los romanos, pero ya no es útil para nosotros en vista de la diferencia de los procedimientos legislativos. Hoy, el legislador no tiene necesidad de fingir, él ordena.

En opinión de Llambías, el pago con subrogación revela un fenómeno complejo, cuyo contenido encierra ideas poco congruentes entre sí, pero —de cualquier modo— de las que no se puede prescindir, si se quiere no desnaturalizar la realidad que está allí presente. Es una figura que resultó impuesta por las necesidades de la práctica, más que por el análisis de los juristas de gabinete. De ahí que el científico tenga que recogerla, para describirla y explicarla, como ella es, sin pretender reducirla a alguna de las categorías de su esquema preconcebido, si el fenómeno resulta desnaturalizado al sufrir ese forzado encasillamiento. Para Llambías, mejor es concebirlo fluidamente, tal como es y no como se querría que fuese para satisfacción de los esquemas académicos.

En suma, concluye Llambías en que el pago con subrogación es un instituto complejo y dual, en cuya intimidad anida una simbiosis de dos figuras distintas: un pago relativo y una sucesión singular de derechos que afecta a quien como el deudor es ajeno a aquel pago del que no puede aprovechar sin causa legítima para ello.

En opinión de Borda[1556], detrás de la subrogación hay una sucesión a título singular que opera porque la ley la establece fundada en una razón de justicia. El problema de la naturaleza del pago con subrogación radica en que se ve a éste como un pago nada más, como un simple medio de extinción de las obligaciones; cuando esta figura es —en esencia— más que un medio de extinción, pues el pago es el

1555 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 338-340.
1556 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 585.

modo típico de cumplimiento de las obligaciones. Si quien la cumple es un tercero, la obligación no se extingue: subsiste, pero en favor de quien pagó. Una elemental razón de justicia apoya esta solución, a la que la ley ha dado fuerza jurídica.

Por su parte, Salvat[1557] señala que la subrogación constituye una operación de carácter complejo, cuyos tres caracteres esenciales son los siguientes: (a) la subrogación supone esencialmente la idea de pago; (b) la subrogación transmite al acreedor subrogado, no sólo los accesorios, sino también el crédito mismo; y (c) la transmisión expresada es una operación de carácter perfectamente real. Ella se produce por el solo imperio de la ley, que así lo dispone o autoriza.

Precisa Salvat que desde el punto de vista racional, la teoría expuesta tiene la gran ventaja de no hacer intervenir la idea de ficción. Los dos principios que le sirven de base: el pago con efectos limitados y la transmisión de los derechos del antiguo al nuevo acreedor, con todas las particularidades que puedan ofrecernos, se conciben y se explican perfectamente por la sola autoridad de la ley; es ella, respondiendo a necesidades de carácter práctico, la que limita los efectos ordinarios del pago; es ella la que impone o autoriza la transmisión de los derechos del antiguo al nuevo acreedor, imponiendo también, por su propia autoridad, limitaciones en cuanto a la extensión de esa transmisión.

Luego de exponer las opiniones de la doctrina autorizada sobre la naturaleza jurídica del pago con subrogación, corresponde expresar nuestro propio parecer.

El problema conceptual o teórico del pago con subrogación puede resultar, en la realidad de los hechos, menos complejo de lo que aparenta. En efecto, la perspectiva tradicional confunde, dentro de un mismo concepto, los temas del pago y de la subrogación. Si unimos estas dos concepciones a fin de desarrollarlas como un solo todo, confrontaremos serios inconvenientes para explicar cómo el pago puede tener la virtualidad jurídica de extinguir una relación obligatoria y, simultáneamente, no extinguirla.

Desde esta óptica, mayoritariamente aceptada, el pago con subrogación resultaría uno sui géneris, pues la subrogación tendría como característica, justamente, el extinguir y el no extinguir la obligación.

Sin embargo, parece más idóneo evaluar el pago con subrogación desde una perspectiva fraccionada. Esto significa que el pago sería uno común y corriente, ya que produciría el efecto de extinguir una obligación. Tan la extingue, que el acreedor ve satisfecho su crédito y desaparece de la relación obligacional. Y, bajo este mismo análisis, por el lado del *solvens*, es decir, de quien efectúa el pago, éste puede ser un coobligado, un tercero o, incluso, el propio deudor —con dinero ajeno—, en forma tal que él se adecua perfectamente a los presupuestos previstos por el artículo 1222 del Código Civil, que facultan a hacer el pago a cualquier

1557 SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 419-423.

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.

Pero a ese pago común y corriente la ley, por decisión soberana, le otorga la virtualidad jurídica de producir la subrogación, ya sea porque se trata de supuestos *ipso iure* (casos de subrogación legal), ya porque se quiere facultar a los sujetos para que prevalezca el instituto jurídico de la subrogación (casos de subrogación convencional).

Desde esta perspectiva dual puede llegarse a la conclusión de que nos encontramos ante un pago sólito, pero con efectos insólitos que obedecen a la voluntad del legislador. Estos últimos serían los subrogatorios que, sin el precepto legal, no podrían operar.

Parece impropio, por lo tanto, buscar analogía en la cesión de créditos o, utilizando la nomenclatura del Código Civil peruano, en la cesión de derechos, o recurrir a ficciones jurídicas descartadas, por cierto, del Derecho moderno. La decisión, dentro de la dicotomía que efectuamos, es legislativa. Y el legislador está en capacidad de crear figuras jurídicas distintas a otras, sin necesidad de apelar a ficciones para ello.

Antes de analizar las diferencias y semejanzas de la subrogación con otros medios de extinción de obligaciones, consideramos pertinente remitirnos a la Casación n.º 877-2019-Lima, de fecha 31 de marzo de 2022: «*Octavo*.- En cuanto a lo denuncia casatoria a que se refiere el punto b) del sub título II, sobre la alegada inaplicación del artículo 1260 del Código Civil, lo que en esencia alega la recurrente es que con el pago del saldo del precio de la compraventa, procede a "haber subrogado a la sociedad de gananciales que ya se había extinguido con el deceso de su cónyuge (...) habiéndose producido una subrogación convencional que cambia los términos del contrato de compraventa, porque varía al comprador". En relación a la invocada subrogación convencional, es del caso traer a colación lo dispuesto en los artículos 1261 y 1262 del citado ordenamiento legal, y específicamente lo previsto en el artículo 1263 de la misma codificación. Las citadas normas sustantivas son relativas al pago por subrogación en virtud de un acuerdo entre el acreedor y el solvens (quien efectúa el pago), entre otros casos; y en cuanto a la subrogación legal prevista en el acotado artículo 1260 del Código Civil, la doctrina señala que, "este supuesto se presenta cuando un deudor solidario o indivisible paga el integro de la deuda al acreedor. Por mandato de la ley, este simple hecho de pagar la deuda convierte al ex deudor solidario en el nuevo acreedor, estando facultado para exigir a sus codeudores (ahora deudores) el pago de sus respectivas partes alícuotas de la deuda". En el caso de autos, no debe perderse de vista que es antecedente de los presentes actuados, el referido proceso de indemnización, en el cual se comprendió además como parte demandada a la Sucesión de José Bernardo Martínez Sifuentes, en su condición de propietaria del vehículo, en tal virtud, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 29 de la Ley N° 27181 - Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, que incluye al

propietario de un vehículo automotor como responsable solidario por los daños y perjuicios causados en un accidente de tránsito. Por lo que, aun cuando exista responsabilidad solidaria entre el conductor del vehículo y el propietario del mismo, hecho que ha sido analizado en el aludido proceso de indemnización y esta circunstancia ha sido evaluada por el órgano jurisdiccional correspondiente al disponer la afectación de los inmuebles sub materia, el pago por subrogación que según sostiene la impugnante se habría producido, luego de la suscripción del contrato de compraventa efectuado por José Bernardo Martínez Sifuentes y María Elena Gutiérrez Rodríguez (la hoy demandante), respecto de los inmuebles sub materia, no obstante ser un argumento de defensa de la indicada parte, María Elena Gutiérrez Rodríguez, no se circunscribe dentro del supuesto normativo de la institución jurídica de la subrogación, en la medida que la indicada demandante no es tercera ajena a la relación jurídica obligatoria que dio lugar a la adquisición de los mencionados predios, habiendo establecido la Sala revisora sobre este aspecto que: "Si bien obra a folios ciento ochenta y cuatro letras de cambio a nombre de la demandante (folios 06 a 210), con lo cual acreditaría la aceptación de una obligación a través de dichas letras de cambio, sin embargo, la asunción del pago del saldo del precio no significa que se haya producido una modificación del derecho de propiedad que adquirió la sociedad conyugal conformada por la demandante y su extinto cónyuge, en el momento que se celebró el contrato de propiedad de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho (folios 02)"; de manera que el artículo 1260 del Código Civil, resulta impertinente para la solución del proceso».[1558]

2.4. Diferencias y semejanzas con la novación subjetiva por cambio de acreedor

En nuestra opinión, si bien existen semejanzas entre ambas figuras, no es posible sostener que la novación subjetiva por cambio de acreedor tenga la misma naturaleza que el pago con subrogación. En este sentido, consideramos de interés anotar las diferencias y similitudes existentes —a nuestro modo de ver— entre la novación subjetiva por cambio de acreedor y la figura que nos ocupa.

2.4.1. Diferencias

- El pago con subrogación puede operar de pleno derecho (artículo 1260) o de manera convencional (artículo 1261). Sin embargo, en el supuesto del inciso 1 del artículo 1261 existe un acuerdo entre dos sujetos, con prescindencia del deudor. En cambio, en la novación subjetiva por cambio de acreedor se requiere, necesariamente, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280).

1558 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 386. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/05/Casacion-877-2019-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

- Mediante el pago con subrogación se extingue una obligación, que sin embargo subsiste porque tal pago determina que se deba la prestación a una persona distinta al acreedor originario. En cambio, la novación subjetiva por cambio de acreedor no pasa por efectuar pago alguno, no obstante lo cual se produce la extinción de la relación obligatoria original, en tanto que nace una nueva con un acreedor diferente.
- El pago con subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (artículo 1262). En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario (artículo 1283).
- Si bien es cierto que no existe norma alguna que prohíba los supuestos de novación subjetiva por cambio de acreedor, de pleno derecho, estimamos que esta hipótesis no sería susceptible de originarse, ya que iría contra su propia naturaleza. Nosotros nos hemos pronunciado en ocasiones anteriores acerca de la posibilidad de que existan supuestos de novación legal, y citamos como ejemplo uno contemplado por el propio Código Civil peruano, en su artículo 1538, norma que produce una novación de causa fuente respecto del contrato celebrado en virtud del artículo 1537 (en el sentido de que transforma una promesa de la obligación o del hecho de un tercero en una compraventa pura y simple). Sin embargo, éste es un supuesto de novación objetiva, es decir, aquél en el cual lo que cambia no son los sujetos de la obligación, sino el objeto de ésta[1559].

  Estimamos que admitir la posibilidad de una novación subjetiva por cambio de acreedor, de carácter legal (esto es, de pleno derecho), iría, incluso, contra principios elementales de la contratación en general, violando no sólo la libertad contractual o de configuración interna, sino, lo que es más grave, la libertad de contratar, es decir, aquélla que tienen los particulares de contratar con quien crean conveniente hacerlo, si desean hacerlo.

  El pago con subrogación opera de pleno derecho en los supuestos previstos por el artículo 1260 del Código Civil.

2.4.2. Semejanzas

- El pago con subrogación y la novación subjetiva por cambio de acreedor, si bien se asimilan como medios extintivos de obligaciones, difieren del pago propiamente dicho, de modo tal que si la ley no las previese o contemplase, no sería factible imaginar —técnicamente hablando— su existencia.

1559 Sobre este particular, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre la novación legal vertidos en la presente obra.

- El pago con subrogación y la novación subjetiva por cambio de acreedor constituyen, junto con la cesión de derechos, los tres mecanismos establecidos por el Código Civil peruano de 1984 para que opere la sustitución del sujeto que ocupa la parte activa de una relación obligacional, sin considerar la cesión de posición contractual que posee sus propias características.

  Estimamos, sin lugar a dudas, que éste constituye el rasgo de semejanza más notorio entre las figuras mencionadas.

2.5. Subrogación personal y subrogación real

Por otra parte, precisa anotarse la diferencia entre la subrogación personal —aquélla de que tratan los artículos 1260 a 1264 del Código Civil— y la subrogación real.

Frecuentemente, el puesto que una persona o un bien ocupa dentro de una relación jurídica es reemplazado por otra u otro. Así, cuando un sujeto de la relación obligatoria es sustituido por otro, nos encontramos ante la subrogación personal, mientras que el cambio de un bien por otro supone sólo la sustitución del objeto obligacional. Ello se denomina subrogación real.

A decir de Guillermo A. Borda[1560], la palabra subrogación significa, en Derecho, sustitución. Cuando una cosa sustituye a otra en el patrimonio de una persona, hay subrogación real; cuando lo que se sustituye es el deudor o el acreedor de una obligación, hay subrogación personal.

La subrogación real se produce, por ejemplo, cuando un cónyuge vende un bien propio y con el precio de venta adquiere otro. Éste, adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, conserva, sin embargo, la calidad de propio (argumento del artículo 311, inciso 2, del Código Civil).

Recuerda Trabucchi[1561] que son permutables los distintos elementos de la *universitas juris*; por ejemplo, el bien adquirido con dinero hereditario formará parte de la herencia, así como también entrará dentro de la masa hereditaria el dinero obtenido de la venta de los bienes de dicha masa. Un fenómeno análogo se manifiesta en el Derecho de Obligaciones, sea con la sustitución de un objeto o de un sujeto por otro dentro del ámbito de la misma obligación.

En este orden de ideas, debe anotarse que el Código Civil peruano de 1984, al regular la institución bajo análisis, trata sobre la subrogación personal, la que puede ser legal o convencional.

EDUARDO CASTILLO REYNE

1560 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 582 y 583.
1561 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 89 y 90.

2.5.1. Supuestos de subrogación personal contemplados por el Código Civil peruano

En adelante, reseñamos los diversos preceptos en los que la ley civil peruana hace referencia a la subrogación personal, citando, cuando ello corresponde, la doctrina nacional sobre la materia.

2.5.1.1. Subrogación del usufructuario

> Artículo 1011.- Si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que ésta devenga, se *subroga* en el crédito pagado. (La cursiva es nuestra)

Sobre esta norma, Lucrecia Maisch von Humboldt[1562] expresaba que el precepto, reproducción literal del artículo 936 del Código Civil peruano de 1936, prevé una situación poco frecuente aunque no imposible: que el usufructuario pague el crédito hipotecario o los intereses en lugar del deudor-propietario. Agregaba que es éste un típico caso de subrogación legal, regulado en el Libro de Obligaciones, artículo 1260, inciso 2.

2.5.1.2. Derecho de retracto. Concepto

> Artículo 1592.- El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para *subrogarse* en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.
>
> El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.
>
> Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público. (La cursiva es nuestra)

Esta norma, en nuestro concepto, es la que requiere mayores comentarios.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por retracto a la facultad que la ley otorga a determinadas personas para evitar la transferencia de un bien a un tercero y permitirle la «subrogación» en el contrato de compraventa celebrado —bajo las mismas condiciones pactadas— entre el vendedor y el comprador.

Respecto de la naturaleza jurídica del retracto existen dos teorías que tratan de explicarlo: una primera que supone una facultad de rescisión; y una segunda que supone una facultad de «subrogación». Esta última es la adoptada por el Código Civil peruano. De este modo —se dice— continúa vigente la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, que está regulada por las estipulaciones de éste.

1562 Maisch von Humboldt, Lucrecia. *Op. cit.*, tomo v, p. 218.

Queda claro que en el retracto no existe ni rescisión ni resolución alguna, puesto que los efectos del contrato original siguen plenamente vigentes, con la precisión de que ya no surtirán tales efectos en relación al comprador originario sino al retrayente.

En el retracto no existe ningún «retorno», como su etimología lo indica, sino una sustitución.

El derecho de retracto se caracteriza, en lo fundamental, porque las causales que lo determinan están establecidas taxativamente por la ley, no pudiéndose interpretar de manera extensiva causales adicionales. Además, por su función «subrogatoria», entendida como que el retrayente reemplaza al adquirente (comprador), ocupando su lugar en el contrato originalmente pactado, sin un segundo contrato. Luego, por estar seriamente limitado, pues sólo se aplica al contrato de compraventa y al de permuta (en virtud de lo establecido por el artículo 1603 del Código Civil), y por tener un breve plazo de ejercicio de una acción que es de caducidad. Y, finalmente, por su carácter personalísimo.

2.5.1.3. Efectos de la invalidación del contrato de donación

> Artículo 1635.- Invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su valor de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.
>
> Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se *subroga* en los derechos del acreedor. (La cursiva es nuestra)

Sobre este artículo, Arias-Schreiber[1563] anota que el segundo párrafo del artículo 1635 debe ser entendido como una facultad del donante a quien se le restituye el bien, pero con un gravamen. Nada le obliga a pagar lo que el donatario adeuda a quien tiene a su favor la garantía real, pero si desea evitar la ejecución cancelará el importe y quedará subrogado en los derechos del acreedor, o sea, adquiere un crédito contra dicho donatario. Pone para ello un ejemplo: A le donó a B un terreno y B lo hipotecó a C, en garantía de una deuda. Si como consecuencia de la invalidez, caducidad o revocación de la donación, el terreno reingresa al patrimonio de A, lo hará sufriendo el gravamen hipotecario. Si A desea levantar la hipoteca y evitar eventualmente el remate del inmueble, tendrá que pagar a C y al hacerlo se subroga en el crédito existente contra B; agrega que nada impide que el donante haga uso de esta posibilidad y recupere el bien, pero gravado.

1563 Arias-Schreiber Pezet, Max. Con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, Ángela Arias-Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, 1991, tomo II, pp. 219 y 220.

Luego el profesor Arias-Schreiber se pregunta si cabe la posibilidad de que el donante redima una servidumbre pasiva mediante la aplicación del segundo párrafo del artículo 1635. Y expresa, al respecto, que el tema ha sido discutido en la doctrina y hay quienes como Manresa y Navarro afirman esa posibilidad y la extienden a desmembraciones como el usufructo. Él se inclina en sentido contrario, pues el precepto se refiere a un gravamen y no a una limitación ni desmembración. Estima que la intención del artículo es clara: se trata de evitar que el donante pierda la propiedad del bien como consecuencia de la garantía existente; hipótesis que no se da si lo que existe es una servidumbre pasiva o un usufructo.

2.5.1.4. Responsabilidad del arrendatario por pérdida o deterioro de bien asegurado

> Artículo 1684.- Si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.
>
> Si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.
>
> Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de *subrogación* del asegurador. (La cursiva es nuestra)

A decir de Arias-Schreiber[1564], este artículo permite eximir al arrendatario de responsabilidad frente al arrendador, en la medida en que el bien destruido o deteriorado por incendio se encuentre asegurado por dicho arrendador o por cuenta de él. Considera obvio que la responsabilidad del arrendatario se mantendrá respecto de la parte del bien que no esté asegurada, supuesto en el cual se limitará dicha responsabilidad a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.

Continúa manifestando el citado profesor que el segundo párrafo del precepto se coloca en la situación de que el bien haya sido valorizado en el contrato de arrendamiento en la misma cantidad por la que ha sido asegurado, caso en el cual el cumplimiento de la prestación del asegurador libera de responsabilidad al arrendatario frente al arrendador.

Arias-Schreiber finaliza su análisis señalando que en ninguno de los supuestos en que se ha colocado este artículo se puede pensar que el arrendatario se ha liberado de su responsabilidad, pues, por el contrario, de lo que se trata es de evitar

1564 *Ibidem*, pp. 368 y 369.

que el arrendador cobre por el mismo motivo dos veces. En este orden de ideas —agrega—, el asegurador tiene expedito su derecho, después de haber pagado al arrendador, para subrogarse en su lugar y accionar contra el arrendatario.

2.5.1.5. Subrogación del fiador que paga la deuda

> Artículo 1889.- El fiador que paga la deuda queda *subrogado* en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor.
>
> Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado. (La cursiva es nuestra)

Expresa Arias-Schreiber[1565] que, tal como lo disponía el Código Civil de 1936 y la mayoría de legislaciones contemporáneas, este precepto consagra la subrogación de pleno derecho para el fiador que cumple su obligación, sustituyéndose, en consecuencia, *ope legis* en todos los derechos, acciones y garantías del acreedor contra el fiado.

2.5.1.6. Derecho de subrogación del fiador de codeudores solidarios

> Artículo 1891.- 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. (La cursiva es nuestra)

En relación con este precepto, Arias-Schreiber y Cárdenas Quirós[1566] recuerdan que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1889, el fiador que paga se subroga en todos los derechos del acreedor frente al fiado. Añaden que el artículo 1891 se coloca en la situación de un fiador que ha garantizado a varios codeudores solidarios, estableciendo que, en tal caso, puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo que ha pagado.

A entender de los citados profesores, la norma es una lógica consecuencia de los principios que rigen la solidaridad de las deudas, pues si conforme al artículo 1186 del Código Civil el acreedor puede reclamar el íntegro a cualquiera de los codeudores, es obvio que el fiador que se subroga tenga la facultad de hacer lo mismo, hasta por la cantidad efectivamente pagada; y desde luego que el deudor que pague el íntegro podrá actuar de la misma manera contra los demás codeudores, en virtud del precepto que rige sus relaciones internas (artículo 1203 del Código Civil).

EDICIONES LEGALES GRIJLEY

1565 *Ibidem*, pp. 282 y 283.
1566 *Ibidem*, p. 285.

2.5.1.7. Derecho de subrogación del fiador en caso de pago anticipado

> Artículo 1896.- El fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede *subrogarse* contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquélla. (La cursiva es nuestra)

Arias-Schreiber y Cárdenas Quirós[1567] sostienen que este dispositivo representa una innovación destinada a cautelar los derechos del deudor principal. Su intención es evitar que el fiado pueda verse obligado a pagar al garante antes de que venza el plazo de su obligación.

2.5.1.8. Supuestos en los cuales el fiador puede accionar contra el deudor antes del pago

> Artículo 1897.- El fiador puede accionar contra el deudor, antes de haber pagado, para que éste lo releve o, en su defecto, preste garantía suficiente para asegurarle la satisfacción de sus eventuales derechos de *subrogación* en los casos siguientes:
>
> 1.- Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago.
>
> 2.- Cuando el deudor deviene insolvente o realiza actos tendientes a la disminución de su patrimonio.
>
> 3.- Cuando el deudor se obligó a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste haya vencido.
>
> 4.- Cuando la deuda se ha hecho exigible. (La cursiva es nuestra)

Al respecto, Arias-Schreiber y Cárdenas[1568] expresan que el Código Civil de 1936 contenía una norma, el artículo 1786, que ya esbozaba un precepto semejante, pues el citado artículo señalaba los casos en que el fiador, antes de haber pagado, podía «proceder contra el deudor principal». Los citados profesores opinan que el artículo no era, sin embargo, suficientemente claro, pues no dejaba entrever los alcances de la expresión «proceder contra el deudor».

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1897 busca precisar el concepto, estableciendo cuáles son los derechos que asisten al fiador antes del pago.

2.5.1.9. Supuesto de liberación del fiador en caso de imposibilidad de subrogación

> Artículo 1902.- El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda *subrogarse*. (La cursiva es nuestra)

1567 *Ibidem*, p. 289.
1568 *Ibidem*, pp. 290 y 291.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Anotan Arias-Schreiber y Cárdenas[1569] que el artículo 1902 del Código Civil debe ser concordado con el artículo 1889, que establece la subrogación de pleno derecho en favor del fiador que cumple con pagar, pues es indudable que el garante asume su obligación en el entendido de que si se ve precisado al pago, podrá luego accionar contra el deudor en virtud de la subrogación legal, y dirigirse, por ejemplo, contra las demás garantías que éste hubiese constituido a favor del acreedor.

Consideran que el artículo 1902 del Código Civil peruano debe ser aplicado teniendo en cuenta el grado de imposibilidad o impedimento para la subrogación del fiador, y el perjuicio efectivamente irrogado a éste por causas imputables al acreedor. Estiman los citados profesores que de lo antedicho fluye, lógicamente, que los derechos y acciones frente al deudor principal que se pierden por causa atribuible al acreedor deben ser aquéllos con los que el fiador contaba al obligarse.

Arias-Schreiber y Cárdenas ponen de relieve cómo en la práctica la aplicación del artículo 1902 debe ser racional, acorde con su espíritu y no absoluta e indiscriminada, quedando a criterio de los magistrados la correcta utilización de esta norma.

2.6. Diferencias entre las acciones de subrogación y repetición

Dentro de tal orden de ideas es necesario advertir las diferencias existentes entre la acción de repetición y los recursos o acciones que asisten a quien efectuó un pago con subrogación.

En algunas circunstancias la ley civil peruana considera justo que una persona recupere lo pagado indebidamente, y para ello le franquea la posibilidad de interponer una acción de repetición, mas no la de ejercitar un derecho de subrogación.

Éste es el caso de los siguientes preceptos del mencionado cuerpo legal.

2.6.1. Actos conservatorios durante la pendencia de una condición

> Artículo 173.- Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.
>
> El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.
>
> El deudor puede *repetir* lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria. (La cursiva es nuestra)

1569 *Ibidem*, pp. 296 y 297.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fernando Vidal Ramírez[1570] señala que en el período *pendente conditione* se presentan dos situaciones que es necesario destacar. De un lado, el derecho del adquirente a realizar actos conservatorios, y, de otro, el derecho del deudor a repetir lo pagado.

En relación con el derecho de repetir lo pagado, Vidal sostiene que así como el derecho que emerge del acto *sub conditione* es de naturaleza eventual, contingente o expectaticia, así también la correlativa obligación no puede generar una pretensión firme de parte del *accipiens*. De ahí que el tercer apartado del artículo 173 confiera al deudor el derecho de repetir lo pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria, siendo el antecedente de esta disposición el segundo párrafo del artículo 1106 del Código de 1936.

Agrega Vidal que el deudor tiene tal característica, aunque haya asumido una obligación condicional, sea porque el cumplimiento debe estar a la espera de que se verifique la condición suspensiva, o porque ha cumplido antes de verificarse la condición resolutoria. La repetición de lo pagado se sustenta en el carácter de la obligación resultante de la condición suspensiva o resolutoria, en su caso, y, en general, por la naturaleza del derecho del *accipiens*.

Sobre el particular, De la Puente y Zusman[1571] sostienen, comentando el artículo 94 del Anteproyecto Sustitutorio del Libro de Acto Jurídico, lo siguiente:

> Siendo ineficaz el acto jurídico sujeto a condición suspensiva en lo referente a la producción de efectos normales, pueden tener lugar otros efectos previos que, si bien no son propios del acto, persiguen que éstos se produzcan en caso de que la condición llegue a cumplirse, evitando que, pendiente la condición, se frustre la posibilidad de los mismos.
>
> En cuanto a la condición resolutoria, no se crea una simple expectativa para el acreedor, sino que se transmite un derecho cierto. Sin embargo, el enajenante bajo condición resolutoria se encuentra en situación similar a la del adquiriente bajo condición suspensiva, puesto que de cumplirse la condición resolutoria, el enajenante podría recibir un derecho disminuido, razón por la que se justifica otorgar idéntica protección que la del caso en que el acto se encuentre sujeto a condición suspensiva.
>
> La última parte del precepto establece que el deudor puede repetir lo pagado si lo hizo antes del cumplimiento de la condición. Se alude en este supuesto tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria.

1570 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 363. También se puede consultar las obras *Acto jurídico negocial* (Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, pp. 261 y ss.) y *Acto jurídico* (Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Op. cit.*, pp. 190-193. [La última referencia corresponde a la tercera edición]

1571 De la Puente y Lavalle, Manuel y Susana Zusman Tinman. «Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico». En Pontificia Universidad Católica del Perú y Ministerio de Justicia. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* Lima, 1980, tomo II, p. 119.

La justificación del artículo comentado es clara: en el caso de la condición suspensiva, por no crearse un derecho cierto en el adquiriente, se estaría verificando un verdadero pago indebido. En el caso de la condición resolutoria, no existe inconveniente en aplicar el mismo razonamiento aunque a la inversa.

2.6.2. Derecho de repetición por pago efectuado antes del vencimiento del plazo

Artículo 180.- El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede *repetir* lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la *repetición.* (La cursiva es nuestra)

Al respecto, Vidal Ramírez[1572] señala que al igual que durante la pendencia de la condición, puede el deudor, durante la pendencia del plazo, cumplir con la obligación.

En relación con el artículo 180, Vidal indica que esta norma declara la irrepetibilidad del pago, salvo la ignorancia del plazo cuando el pago se efectúa antes del vencimiento del plazo suspensivo. La irrepetibilidad se ha previsto sólo frente al plazo suspensivo y no frente al resolutorio. Según Vidal, la razón radica en que estando pendiente el plazo la obligación del deudor ya existe, aunque diferida a la oportunidad en que debe procederse al pago, por lo que la precisión de que debe tratarse de plazo suspensivo es atinada, pues en el plazo resolutorio el acto ya ha desplegado su eficacia y las prestaciones deben ser cumplidas hasta el vencimiento del plazo.

Agrega Vidal que la repetición de lo pagado que franquea el mismo artículo 180 se fundamenta en la ignorancia del plazo, que también ha de entenderse como suspensivo; y añade que la norma bajo examen ha hecho la precisión en relación a que el fundamento es la ignorancia, esto es, la ausencia de conocimiento en cuanto a la existencia del plazo o de la fecha de su vencimiento. De allí que se considere un pago indebido fundado en el error y que sea el error el que justifique la repetición.

Como señalábamos en el año 2021, la regla general en materia de repetición del pago presupone que no existe una deuda. Como se sigue del texto de la norma, cuando la obligación está sujeta a plazo y el deudor paga antes del mismo, el deudor no puede repetir; salvo que el pago se efectúe por ignorancia del plazo[1573].

1572 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, pp. 368 y ss.

1573 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 205. [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6.3. Supuesto de repetición del pago hecho a un incapaz

> Artículo 228.- Nadie puede *repetir* lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho. (La cursiva es nuestra)

De este modo, a decir de León Barandiarán, si es verdad que la protección existe en cuanto se permite al incapaz anular el acto, resultaría frustrante el obligársele a restituir lo que precisamente por tal incapacidad haya disipado sin provecho. La ley supone que por razón de su propia incapacidad, el incapaz ha disipado lo que se le pagó; pero si se destruye tal presunción, demostrándose que lo pagado se convirtió en provecho del incapaz, correspondiendo la prueba al adversario, tiene éste último derecho a la restitución por aplicación de la *actio in rem verso*.

La doctrina coincide en general en que la *actio* de *in rem* es de carácter personal o creditoria, atento que con ella se procura obtener un «valor» y no la restitución de una cosa[1574].

Cabe señalar que esta norma fue derogada por el literal b) de la única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018[1575].

2.6.4. Concurrencia de obligados y prorrateo de obligación alimentaria

> Artículo 477.- Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a *repetir* de los demás la parte que les corresponda. (La cursiva es nuestra)

En relación a este numeral, resulta indispensable consultar la opinión de Héctor Cornejo Chávez[1576].

Consideramos pertinente traer a colación el ejemplo citado en nuestra obra Derecho de Familia, «El caso más ilustrativo sería el de tres hijos que estuvieron obligados a prestar alimentos a su padre común. Si se sigue lo establecido por el articulo bajo comentario, se dividiría entre los tres, pero no necesariamente en partes iguales, sino en partes proporcionales a sus respectivas posibilidades. Se trata, sin duda, de una obligación divisible y mancomunada. Divisible, porque se

1574 Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2005, tomo I, p. 186.

1575 Texto correspondiente a la tercera edición.

1576 Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Lima: Studium Ediciones, 1985, tomo II, pp. 270 y ss.

trata del pago de sumas de dinero; y mancomunada, porque la ley no establece a este respecto la solidaridad (argumento del 1182 del propio Código)».[1577]

2.6.5. 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. (La cursiva es nuestra)

En relación con el artículo 1197 del Código Civil, remitimos al lector a los comentarios que ya hemos efectuado sobre el tema.

2.6.6. 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. (La cursiva es nuestra)

Respecto de este artículo, también nos remitimos a la opinión vertida en su oportunidad.

2.6.7. Imposibilidad de repetición de lo pagado

> Artículo 1275.- No hay *repetición* de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.
>
> Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar. (La cursiva es nuestra)

El artículo 1275 establece los supuestos en los que quien pagó indebidamente —sin causa— no tiene acción alguna para recuperar lo pagado.

1577 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023, tomo I, p. 930. [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El primer comentario es que el precepto no exige el requisito del error en el pago (base para demandar el pago indebido en el resto de normas del Código). Esto se deduce de la naturaleza de las hipótesis por él previstas.

(a) La primera hipótesis es aquélla en la que quien ha pagado lo ha hecho en virtud de una deuda ya prescrita.

Si una persona, conociendo o no que la acción para exigir el cumplimiento de la obligación a su cargo ha prescrito, paga, estará impedida de repetir lo pagado. Aquí no entra en juego la teoría del error de hecho o de derecho. La ley, haya o no error de hecho o de derecho, considera inexorablemente que quien paga está respondiendo a un imperativo de su conciencia, no obstante tratarse de una obligación natural, pues la acción del acreedor habría prescrito.

(b) Algo similar ocurre en los otros dos supuestos del artículo 1275, relativos al cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social.

Los casos se refieren a la persona que no encontrándose en estricto derecho obligada por ninguna causa a cumplir con una determinada prestación, la ejecuta, porque así lo determina su conciencia, también con prescindencia o no del error de hecho o de derecho.

Ilustrarían estos supuestos el que una persona acaudalada entregase una contribución económica a alguien que se encuentre en una angustiosa situación económica, sin concertar un contrato de mutuo. O si una persona concede pensión alimenticia a un anciano, familiar lejano suyo, en la errónea creencia de que está obligada, por mandato de la ley, a contribuir con tal pensión. Aquí tampoco podría reclamar (repetir) lo pagado.

Como podrá apreciarse, los dos supuestos prácticamente se identifican y por ello ha hecho bien el Código en ubicar ambas causales sin solución de continuidad.

(c) Los casos del pago efectuado para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo inmoral es aquello contrario a las normas de conducta ética, entendidas dentro de criterios más o menos estables en una sociedad. Pero lo inmoral no es necesariamente ilícito, pues no siempre un hecho que se opone a la moral es sancionado por el Derecho positivo. Lo ilícito es aquello contrario a las normas legales, ya sea entendido como un ilícito civil o como un ilícito penal.

En tal sentido, el artículo 1275 también señala que en estos supuestos no cabe la repetición de lo pagado, pero añade, como principio digno de elogio, que tal pago deberá revertir a la institución encargada del bienestar familiar. Precisa señalarse, además, que el precepto guarda coherencia con lo previsto por el artículo v del Título Preliminar del Código Civil, que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (sin lugar a dudas lo ilícito es contrario a las leyes que interesan al orden público).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Un caso de pago efectuado para obtener un fin inmoral sería aquél hecho a una persona para que realice actos de exhibicionismo en un ambiente privado —lo que no constituye delito ni falta—. Un ejemplo de pago hecho para obtener un fin ilícito sería aquel por el cual una persona paga a otra una suma de dinero a fin de que cometa un homicidio.

2.6.8. Supuesto de improcedencia de la acción del fiador contra el deudor

> Artículo 1892.- El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda.
>
> Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de *repetición* del fiador contra el acreedor. (La cursiva es nuestra)

Arias-Schreiber y Cárdenas[1578] señalan que el precepto constituye una innovación acertada, pues obliga a una saludable coordinación entre el fiador y el deudor a fin de evitar una secuela de procesos de reembolso, pues bien podría suceder que el fiador, ignorando que el fiado había pagado previamente, honre su compromiso y cancele la deuda. Según los citados profesores, al margen de la responsabilidad del acreedor por haber cobrado dos veces, es claro que no puede perjudicarse al deudor obligándolo a indemnizar al garante que pagó de manera innecesaria. Sostienen Arias-Schreiber y Cárdenas que lo expuesto es razón para que se obligue al fiador a comunicar el pago al deudor en forma previa, lo que permitirá que si el fiado había cancelado la deuda con anterioridad, ponga sobre aviso al garante.

Agregan que la regla guarda también estrecha relación con el artículo 1885, referido a las excepciones del deudor que el fiador puede oponer. De allí que la coordinación entre garante y deudor sea esencial, no sólo para evitar un doble pago, sino también para impedir que el deudor se vea obligado a reembolsar montos superiores a los que él hubiese pagado al acreedor.

Finalmente, añaden que es importante anotar que la pérdida de acción contra el deudor, en la hipótesis prevista en este artículo, no determina —en modo alguno— que el fiador deba perjudicarse al haber pagado una deuda ya cancelada, siendo aplicables, en tales casos, las reglas sobre pago indebido contenidas en los artículos 1267 y siguientes, sobre repetición.

2.6.9. Juego y apuesta no autorizados. Acciones. Efectos

> Artículo 1943.- El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

1578 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo II, pp. 285 y 286.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

> El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su *repetición*, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz. (La cursiva es nuestra)

Como afirman Arias-Schreiber y Cárdenas[1579], el Código Civil de 1984 tiene una estructura peculiar en lo que se refiere al juego y la apuesta, pues se aparta de la legislación tradicional o clásica y hace una categórica distinción entre los permitidos, los no autorizados y los prohibidos. Admiten que si bien es cierto que el sistema utilizado tiene indudable contenido ético, podría objetarse y, en todo caso, discutirse en lo que se refiere al trato dado al juego y la apuesta no autorizados, pues son los que se presentan con mayor frecuencia en la vida diaria.

2.6.10. Responsabilidad civil solidaria derivada de pluralidad de sujetos activos

> Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede *repetir* contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales. (La cursiva es nuestra)

Sobre el particular, José León Barandiarán[1580] señala que el artículo 1983 es el que concierne al caso en que varias personas actúen conjuntamente, causando daño, estableciéndose que ellas son responsables solidarias. Anota León Barandiarán que puede ocurrir que por razón de dicha responsabilidad, uno de los obligados haya pagado la totalidad de la indemnización. Entonces, él puede repetir contra los otros deudores, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. En tanto que no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará en partes iguales.

2.7. Persona que efectúa el pago que da lugar a la subrogación

Uno de los temas indispensables de aclarar en materia de pago con subrogación, es el relativo a la persona que efectúa el pago.

Por lo general, la doctrina de nuestra tradición jurídica describe al pago con subrogación como aquél efectuado por un tercero, vale decir, como el que verifica persona distinta al deudor. No obstante, esa afirmación tan categórica resulta inexacta.

1579 *Ibidem*, pp. 451 y 452.

1580 León Barandiarán, José. «Exposición de Motivos y Comentarios de la Sección relativa a Responsabilidad Extracontractual». En Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil. Op. cit.*, tomo VI, p. 806.

Una ligera revisión de los tres supuestos que el Código peruano contempla sobre el pago con subrogación, en su artículo 1260, referente a la subrogación legal o de pleno derecho, y de los tres incisos del numeral 1261, relativo a la subrogación convencional, nos conduce fácilmente a una conclusión contraria.

El artículo 1260, inciso 1, prescribe que la subrogación legal o de pleno derecho tiene lugar en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

Tanto en uno como en el otro caso, es decir, tanto en la indivisibilidad pasiva como en la solidaridad pasiva existe una obligación con más de un deudor, siendo ese deudor un codeudor, pero cada uno de ellos, codeudor, es al fin y al cabo deudor del íntegro de la prestación. Por esa razón es erróneo interpretar que cuando el codeudor paga la totalidad de la obligación indivisible o solidaria, lo está haciendo en parte por una obligación propia y en parte por una obligación ajena, en la medida en que está efectuando un pago que va más allá de lo que le corresponde en las relaciones internas entre los codeudores.

Tal razonamiento, en estos casos, sería deleznable por tratarse de hipótesis distintas a las del codeudor de una obligación divisible o mancomunada que paga la porción de sus otros codeudores, vale decir, que cumple con más de lo que debe.

En estos últimos supuestos puede afirmarse, respecto a lo que se paga demás, que el codeudor que paga el íntegro de la prestación es un tercero en la relación jurídica, ya que la obligación divisible o mancomunada se divide en tantos créditos y deudas como acreedores y deudores existan en la obligación, reputándose la parte de cada uno de ellos como una deuda distinta a la de los demás. Y, en tal orden de ideas, si un codeudor de obligación mancomunada o divisible paga más allá de aquello que le corresponde, si bien estaría pagando una deuda propia (de la cual es deudor), constituida por su porción, también estaría pagando una deuda ajena (de la cual no es deudor), integrada por la parte de la deuda de los codeudores que lo acompañan en la relación obligacional. En este caso se trataría, lo reiteramos, de un tercero.

Pero, insistimos, si el codeudor de obligación indivisible o solidaria paga la integridad de la deuda no estaríamos ante el pago efectuado por un tercero. Aquí el codeudor está obligado por el íntegro de la prestación, con prescindencia de las relaciones internas entre los diversos codeudores. Por tal razón, si el codeudor es conminado por el acreedor común (o por alguno de los acreedores de prestación indivisible o solidaria) al pago de la obligación íntegra (como corresponde, justamente por tratarse de una obligación indivisible o solidaria), y dicho codeudor la paga, habría cumplido con una obligación propia, de la cual era deudor, sin haber actuado como tercero.

Por otra parte, en lo relativo al inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, precisa señalarse que este supuesto sí configura el pago por un tercero, pues por

GACETA JURÍDICA

más interés que tenga en el cumplimiento de la obligación que mantiene el deudor con el acreedor, quien paga siempre tendrá tal condición.

El ejemplo más ilustrativo del inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil está constituido por el pago que efectúa el fiador, que es la persona más representativa, sin lugar a dudas, del legítimo interés en el cumplimiento de la obligación. Pero el fiador es un tercero en la relación obligacional principal o afianzada, pues no debemos olvidar que ella es la constituida por el deudor y por el acreedor. El fiador sólo celebra un contrato de fianza con el acreedor, garantizando que el deudor va a cumplir su obligación. Vale decir, si el fiador paga lo hará como consecuencia del contrato de fianza que ha celebrado con el acreedor de la obligación originaria. Éste será el título que lo obligue a pagar y no otro. Es verdad que el fiador pagará en defecto del deudor, pero lo hará en cumplimiento del contrato de fianza, en el cual sí es deudor.

De otro lado, del análisis del inciso 3 del artículo 1260, que prescribe que la subrogación legal opera de pleno derecho en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente, se aprecia que el acreedor que paga también es un tercero, y que usualmente efectúa dicho pago en resguardo de sus intereses patrimoniales.

En lo referente a los supuestos de subrogación convencional previstos por el artículo 1261 del Código Civil, es claro que en los casos de los incisos 1 y 2 quien paga y se subroga es un tercero.

Pero el análisis del inciso 3 del artículo 1261 resulta de sumo interés, pues en él se establece que la subrogación convencional tiene lugar cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago. En este caso, y de la simple lectura del numeral transcrito, puede apreciarse que quien paga al acreedor no es un tercero, sino el propio deudor de la obligación, con la peculiaridad que se desprende de su propio texto.

2.8. Utilidad práctica del pago con subrogación

En lo referente a la utilidad del pago con subrogación, precisa señalarse que ésta puede ser apreciada desde diversas perspectivas, a saber:

- Con relación a quien efectúa el pago.
- Con relación al acreedor que recibe el pago.
- Con relación al deudor.
- Con relación a los garantes.
- Con relación a la sociedad en general.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.8.1. Con relación a quien efectúa el pago

El interés del pago con subrogación en relación a la persona que lo efectúa, tiene vinculación directa con cada uno de los supuestos de subrogación legal (artículo 1260) y de subrogación convencional (artículo 1261) previstos por el Código Civil.

Así, si nos referimos a la hipótesis contemplada por el inciso 1 del artículo 1260, es decir, a aquélla que establece que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros, afirmamos que el interés de ese codeudor que paga el íntegro de la prestación tiene como base una razón determinante. Ella consiste, simplemente, en cumplir con aquello a lo que se ha obligado, esto es, con la totalidad de lo debido.

En lo que respecta al supuesto previsto por el inciso 2 del artículo 1260, esto es, aquél que establece que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación, consideramos que del propio texto de la norma se percibe su referencia a intereses patrimoniales o morales. El caso del fiador, antes analizado, el del padre que paga para evitar el remate de los bienes de su hijo, etcétera.

En el caso del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente (inciso 3 del artículo 1260 y tercer supuesto de subrogación de pleno derecho o legal), presumiblemente efectuará tal pago para evitar que los bienes del deudor común no se vendan a precio vil en remate público, o para reducir el número de acreedores a fin de facilitar entendimientos, etcétera. Cabe advertir, sin embargo, que en este caso el acreedor que paga, si bien se subroga en la obligación pagada, con todos sus privilegios y garantías, éstos no alcanzan, desde luego, a su acreencia original.

Ya dentro del marco de la subrogación convencional, señalamos que el primer supuesto (artículo 1261, inciso 1), es decir, aquél que tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos, tendrá utilidad práctica para quien paga en razón de los intereses patrimoniales o morales que determinen su proceder.

El segundo caso de subrogación convencional (artículo 1261, inciso 2), esto es, aquél que opera cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor, constituye tal vez la hipótesis en la cual la utilidad práctica del pago con subrogación se aprecia de la manera más tenue, en la medida en que no existiría —y ello se observa del propio texto de la norma— interés patrimonial o moral que conduzca a ese tercero a cumplir con la prestación. Cuando la doctrina, al referirse a este supuesto, alude a su utilidad práctica, entendemos que tal concepto no se ciñe, necesariamente, al aspecto patrimonial, sino que puede circunscribirse al plano moral o afectivo del tercero que paga.

Por último, si analizamos lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, relativo a la subrogación convencional, que procede cuando el

LEYDI MILET CASTILLO PEREZ

deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago, resulta claro el interés del mutuante en subrogarse, pues de esta forma podrá eventualmente recuperar la prestación que dio en mutuo al deudor, para que éste, a su vez, pudiera cumplir con la obligación que mantenía ante el acreedor originario.

Sobre la utilidad del pago con subrogación respecto a quien efectúa el pago, recomendamos al lector la consulta de los autores citados a pie de página[1581].

2.8.2. Con relación al acreedor que recibe el pago

El tema de la utilidad práctica del pago con subrogación en relación con el acreedor que lo recibe tiene una explicación evidente, pues en el entendido de que nos encontramos ante obligaciones que no son *intuitu personae*, vale decir, que pueden ser cumplidas por cualquiera, y que en su mayoría son obligaciones dinerarias, es claro que al acreedor le será indiferente quién cumpla con efectuar el pago de lo debido, en razón de que su interés radica en ver satisfechas sus expectativas (la prestación en sí), y no el cumplimiento por el deudor en estricto.

Para el profesor Palacio Pimentel[1582], la subrogación es ventajosa para los tres sujetos, siendo indudable esta ventaja para el primitivo acreedor que ve satisfecho su crédito oportunamente, lo que no ocurriría si siempre hubiera que esperarse el pago del directo obligado que, por diversas causas, se ve muchas veces materialmente imposibilitado de cumplir la obligación a su vencimiento.

Señala Salvat[1583] que el pago con subrogación consulta el interés de todos y no perjudica el de nadie: en cuanto al deudor, porque le permite substituir un acreedor exigente por otro más considerado; en cuanto al acreedor pagado, porque recibe lo que se le debe; en cuanto a los demás acreedores, porque la situación del patrimonio del deudor es siempre la misma, desde el momento que la deuda no se modifica y lo único que se ha hecho es sustituir a un acreedor por otro; pero esta sustitución le es favorable, en el sentido de que el nuevo acreedor, siendo más considerado, se prestará mejor a facilitar y hacer de común acuerdo la liquidación de los bienes del deudor, evitando gastos judiciales que, en definitiva, sólo dan como resultado la disminución del activo.

En relación con los demás acreedores, expresa Rezzónico[1584] que el pago con subrogación no los perjudica, sino, por el contrario, viene en su favor, porque sin

1581 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 417 y 418; y Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 990 y 991.

1582 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, pp. 540 y 541.

1583 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 417 y 418.

1584 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen I, pp. 829 y 830.

modificarse la deuda que se paga en esa forma, y cambiando sólo su acreedor, esa sustitución puede facilitar la liquidación de los bienes del deudor común, evitando gastos judiciales. Baudry-Lacantinerie y Barde, citados por Rezzónico, dicen que «la subrogación aprovecha a todo el mundo y no perjudica a persona alguna».

2.8.3. Con relación al deudor

Para analizar el tema de la utilidad práctica que tiene el pago con subrogación para el deudor, debemos, necesariamente, repasar cada uno de los supuestos de subrogación, pues el beneficio para dicho deudor no será estrictamente el mismo en todos los casos.

En el supuesto contemplado por el inciso 1 del artículo 1260, el codeudor o los codeudores de quien paga el íntegro de lo debido podrán verse beneficiados en diversos aspectos. Podría darse el caso de que todos los codeudores —incluso el que paga— tengan interés en la relación interna existente entre ellos. En esta hipótesis, el pago íntegro efectuado por uno de ellos podrá considerarse que beneficia directamente a los demás, ya que, debiendo haber contribuido con la prestación que se pagó, no lo hicieron, y dejaron que el codeudor que fue requerido pagara solo, vale decir, con sus propios recursos y no con recursos de todos, razón por la cual resulta evidente que el pago verificado por ese codeudor benefició a los demás.

Allí está precisamente la utilidad práctica de un pago efectuado en esta coyuntura.

Y justamente, para corregir esta situación a todas luces no equitativa, es que la ley prevé, tanto en el tratamiento de las obligaciones indivisibles y solidarias, como en el artículo 1263 —propio del pago con subrogación—, el derecho que asiste al codeudor que pagó de subrogarse en los derechos del acreedor pagado contra los demás codeudores, pero sólo por la porción o interés que en la deuda tenía cada uno.

Otro supuesto sería aquél en que el pago es efectuado por un codeudor en cuyo exclusivo beneficio fue contraída la obligación indivisible o solidaria. En este caso, si es ésta la persona que paga, ello en nada beneficiará a los demás codeudores, razón por la cual, al no haber deuda de por medio, no habrá lugar a subrogación alguna.

Sobre lo prescrito por el inciso 2 del artículo 1260, en el sentido de que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación, el deudor por quien paga el tercero se verá beneficiado en la medida en que se está ejecutando una prestación que él debía y que no ha cumplido.

Su utilidad práctica radica, por citar un ejemplo, en que al momento en que el tercero pagó, el deudor carecía de los medios necesarios para hacerlo, y, en esta medida, también dentro del terreno de las hipótesis, el tercero puede haber

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

relevado al deudor de confrontar una acción judicial inminente por parte del acreedor impago. Es en este sentido que se beneficiará el deudor.

Pero también puede plantearse la hipótesis de que el deudor dejó de pagar por la sencilla razón de que no quería hacerlo, estando dispuesto a asumir las eventuales consecuencias de su incumplimiento. En este supuesto será claro que el deudor no se verá beneficiado más allá del aspecto puramente teórico, pues en la práctica —al preferir estar en la situación de falta de pago (constituido o no en mora)— hubiera preferido que dicho tercero no pagase. Pero esta situación no podía evitarla, en razón de que este último tenía legítimo interés en efectuar el pago.

En caso de que la subrogación opere de pleno derecho en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente (artículo 1260, inciso 3), la utilidad para el deudor se percibe en términos similares a los expuestos. Vale decir, que el deudor se verá beneficiado en cuanto un tercero paga por él lo que debe al acreedor.

Ya dentro del campo de la subrogación convencional, puede afirmarse que de conformidad con lo dispuesto por el primer inciso del artículo 1261, es decir, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos, el deudor se verá beneficiado, en mayor o en menor medida, en relación directa al interés o apremio del acreedor por cobrar, y a los medios que este acreedor hubiera utilizado o proyectara emplear —judicial o extrajudicialmente— para lograr sus objetivos.

Podría suceder, sin duda, que la intervención del tercero que ha pagado represente para el deudor un óptimo beneficio, pero también, y por otra parte, que el deudor no valore con entusiasmo tal intervención, en la medida en que podría encontrarse ante un acreedor poco interesado en cobrar. Y entonces sería dable que el deudor confrontara su obligación ante un nuevo acreedor (el tercero que pagó), que no tuviera las características deseadas por el deudor, es decir, que se tratara de un acreedor que hiciera todo aquello a su alcance para cobrar la deuda.

Vale recordar que de la redacción del inciso 1 del artículo 1261 se infiere que el pago efectuado por el tercero puede ser con desconocimiento del deudor, o, incluso, con la oposición de éste. De allí se percibe la posibilidad de que el deudor pueda estar en desacuerdo con el pago por un tercero.

El inciso 2 del artículo 1261 legisla el supuesto de una subrogación convencional por un tercero no interesado en la obligación, que paga con aprobación expresa o tácita del deudor. Es claro que al mediar esa aprobación el deudor considerará que el pago lo está beneficiando, pues de lo contrario no la prestaría.

Y, por último, la utilidad para el deudor del pago con subrogación, en la hipótesis prevista por el inciso 3 del artículo 1261 es obvia ya que el deudor no hubiera estado en aptitud de cumplir con la obligación en la medida en que no hubiese recibido el préstamo de que trata el precepto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.8.4. Con relación a los garantes

Debemos recordar, en primer término, que el artículo 1262 del Código Civil dispone 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.

De acuerdo al texto de la norma citada, en el caso del pago con subrogación las garantías que aseguraban a la obligación respecto del acreedor originario subsisten, de modo tal que el subrogado gozará de ellas para exigir el cumplimiento por el deudor.

Por eso, si la obligación entre los sujetos originales estaba garantizada, bien por una garantía real o bien por una personal, ella, en aplicación del artículo 1262 del Código Civil, no se extinguirá al momento del pago. Aquí rigen los preceptos propios de las respectivas garantías, y el principio general de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». En este caso, al ser el pago con subrogación uno que no extingue la obligación sino respecto del acreedor originario, tal obligación proseguirá teniendo existencia y, por lo tanto, determinará que sus accesorios corran suerte similar.

En cuanto a los terceros interesados en la extinción de la deuda, señala Laurent[1585] que fiadores y acreedores hipotecarios no pueden quejarse de que se mantenga la deuda, pues el pago con subrogación no cambia su posición. Se pregunta, además, qué les importa que exista el crédito a favor del subrogado o a favor del subrogante, pues la deuda sólo puede extinguirse definitivamente cuando la paga el deudor; hasta aquí se sabe que se mantendrá el fiador, y además los acreedores hipotecarios posteriores deben contar con que están limitados por acreedores anteriores, pues ellos contrajeron la deuda bajo estas condiciones.

2.8.5. Con relación a la sociedad en general

Cuando nos referimos a la utilidad práctica que el pago con subrogación representa para la sociedad en general, afirmamos que a la sociedad en su conjunto le interesa que las obligaciones que han nacido en su seno se ejecuten en aras del bienestar general, de evitar eventuales conflictos entre los particulares, y de fomentar, en tal sentido, la paz social.

Por ello, no dudamos de que el pago con subrogación, más allá de los eventuales beneficios en favor de quien efectúa el pago, de quien lo recibe, del deudor y de los garantes, beneficia a la sociedad en su conjunto.

2.9. Modalidades del pago con subrogación

En cuanto a las modalidades del pago con subrogación, reiteramos que el parecer de la doctrina es unánime en considerar que éste reviste dos características en atención a su origen. Así, la subrogación puede ser legal o convencional.

1585 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 7.

La subrogación es legal cuando emana de un mandato de la ley. Esta clase de subrogación opera de pleno derecho, es decir, automáticamente y con carácter imperativo. La subrogación es convencional cuando surge de la voluntad humana.

Del mismo modo, explica Llambías[1586], que según la fuente que impregna al pago de las características señaladas, la subrogación es legal o convencional. La subrogación legal se origina en la ley misma que da lugar, por su sola virtualidad, a la cancelación del derecho del acreedor para él, al propio tiempo que desplaza al título de crédito con respecto al deudor hacia el tercero pagador. La subrogación convencional proviene de la voluntad del acreedor o del deudor, que produce esas consecuencias.

Precisa Laurent[1587] que la subrogación legal difiere de la que consiente el deudor, pues ésta última está sometida —en el Derecho napoleónico— a severas formalidades, mientras que la subrogación legal no está sujeta a forma alguna.

Sobre el particular, Dupichot[1588] anota que la ley francesa ha previsto un cierto número de casos en los cuales la subrogación opera de pleno derecho, siendo las hipótesis más importantes las siguientes: el acreedor que paga a otro acreedor que tiene preferencia; el adquirente de un inmueble hipotecado que emplea el precio en el pago de acreedores inscritos; el fiador o el codeudor solidario que cancela el íntegro de la deuda.

En cuanto a la ley civil peruana, precisa señalarse que los artículos 1260 y 1263 corresponden a la subrogación legal o de pleno derecho; que el artículo 1261 se refiere a la subrogación convencional; y que las normas previstas por los artículos 1262 y 1264 son comunes a ambas clases de subrogación.

Finalmente, cabe citar dos importantes pronunciamientos de los tribunales de justicia peruanos. El primero señala que: «Solamente tratándose de seguros contra incendios y de seguros marítimos, procede la acción subrogatoria contra los responsables del siniestro. La ley no concede acción a las compañías de seguros para repetir lo pagado por estar en cumplimiento de un contrato de seguro sobre accidentes de tránsito»[1589]. De otro lado, se sostiene que: «El asegurador que paga la indemnización se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra todos los autores o responsables del siniestro, como lo establece el Código de Comercio, relativo al seguro contra incendios, y [...] al seguro de transporte terrestre, aplicable por analogía»[1590].

ESTUDIO JOAQUÍN CASTILLO FREYRE

1586 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 341.
1587 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 84.
1588 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 114.
1589 Expediente n.° 1636-85-Lima.
1590 Casación n.° 2560-98-Lima.

Subrogación convencional

Artículo 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:

1.- Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.

2.- Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.

3.- Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

1. Fuentes nacionales del artículo 1261

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 la materia en el artículo 844: «Es convencional la subrogación: 1° Cuando el acreedor, habiendo sido pagado por un tercero, le subroga en sus derechos, acciones y privilegios o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa, y hacerse al mismo tiempo que la paga. 2° Cuando el deudor toma prestada una suma para pagar su deuda, y con el objeto de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para que esta subrogación sea válida, es menester que el instrumento del préstamo y el finiquito se hagan ante escribano; que en el instrumento se declare que la suma se ha tomado prestada para el pago; y que en el finiquito se exprese que el pago se ha hecho de dinero dado a este objeto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se hace también con concurrencia del acreedor»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en su artículo 2234: «No se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, substituyéndose al acreedor en sus derechos.— Esta substitución se verifica ordinariamente por convenio; pero tiene lugar también por el ministerio de la ley, siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 abordaba el tema en sus artículos 2923: «La subrogación convencional se realiza independientemente de la voluntad del deudor, cuando el acreedor es pagado por un tercero que no tiene interés en la deuda; y aquél subroga a éste en todos sus derechos y acciones contra

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el deudor. Esta subrogación debe verificarse al mismo tiempo que el pago, declarando expresamente el acreedor que cede sus derechos al que ha pagado, ya use o no de la palabra subrogación»; 2924: «La subrogación convencional se verifica también por el deudor sin consentimiento del acreedor, si aquél toma prestada una suma para pagar con ella su deuda, y subroga al que prestó en los derechos del acreedor.— Para que esta subrogación sea válida, se requiere que el préstamo se celebre por escritura pública, que se declare en ella que la suma ha sido prestada para pagar la deuda, y que en la carta de pago conste que éste se ha efectuado con dinero recibido del nuevo acreedor»; y 2925: «La subrogación por disposición de la ley, o ipso iure, se verifica: 1° En favor del que, siendo acreedor, paga a otro acreedor que goza de preferencia por razón de privilegio o hipoteca; 2° En favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda la paga, porque tiene interés en cubrirla; 3° En favor del que, habiendo adquirido un inmueble gravado, tiene obligación de pagar a los acreedores, a quienes el inmueble está hipotecado; 4° En favor del heredero que habiendo aceptado la herencia con beneficio de inventario, ha pagado con su propio dinero deudas de esa herencia; 5° En favor del que paga deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente, el deudor».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre el particular en sus artículos 241: «La subrogación convencional tiene lugar: 1° Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda.— 2° Cuando el deudor paga la deuda con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor.— En este caso el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, siempre que para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada»; y 240: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.— 2° Del acreedor que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble.— 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.— 4° Del tercero, no interesado en la obligación, que pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, preveía el tema en sus artículos 230: «La subrogación convencional tiene lugar: 1° Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda.— 2° Cuando el deudor paga la deuda con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor.— En este caso el deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada»; y 229:

«La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1º Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2º Del acreedor que adquirió un inmueble y que paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 3º Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda; 4º Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba la materia en sus artículos 1260: «La subrogación convencional tiene lugar: 1º Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2º Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada»; y 1259: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1º Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2º Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3º Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en los numerales 1270: «La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2. Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada»; y 1269: «La subrogación se opera de pleno derecho a favor: [...] 3º Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba la materia en su artículo 121: «La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2. Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 118: «La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.— 2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación

ESTUDIO MARIO CASTILLO GRUPO

expresa o tácita del deudor.— 3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 se pronunciaba sobre el particular en el artículo 1281: «La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.— 2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.— 3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1228: «La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.— 2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.— 3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar al pago».

2. Análisis

El artículo 1261 del Código Civil peruano de 1984 trata los diversos supuestos de subrogación convencional.

2.1. La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos

Cualquier persona puede pagar la deuda de un tercero, aun contra la voluntad del deudor o del acreedor (argumento del artículo 1222, primer párrafo, del Código Civil peruano de 1984). En este supuesto, se considera que ha habido subrogación convencional únicamente si el acreedor que recibe el pago lo sustituye en sus derechos.

Sin embargo, el caso previsto no procedería en las obligaciones *intuitu personae* o si hubiera pacto que impidiese el pago por un tercero.

El tercero que paga, al ocupar el lugar del exacreedor, podrá exigir el cumplimiento de la obligación en las mismas condiciones, con la única limitación de sustituirse por lo que hubiera pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil).

Debemos precisar, además, que el inciso 1 del artículo 1261, no obstante no mencionarlo, trata acerca del pago por un tercero no interesado, pues si se tratase

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, entonces el supuesto encuadraría dentro de lo previsto por el artículo 1260, inciso 2, del Código Civil, o sea en una de las hipótesis de subrogación legal o de pleno derecho.

En opinión de Ospina[1591], la ley parte del supuesto de que el pago sea hecho por un tercero, es decir, por quien no esté vinculado directa o indirectamente a dicho pago. Esto es claro; si el pago se efectúa por el deudor único, la obligación se extingue; y si se efectúa por un codeudor solidario, o un fiador, o el dueño de la cosa hipotecada, la subrogación convencional sobra, porque la legal opera *ipso iure*.

Dicho con otras palabras —según Ospina—, la subrogación convencional, aunque pueda celebrarse superfluamente en los casos en que opera la subrogación legal, apenas adquiere entidad propia cuando, sin ella, el tercero que paga quedaría privado de los beneficios que le reporta la adquisición del crédito con sus accesorios. Tal es el caso del codeudor de una obligación conjunta, a quien el acreedor sólo le puede exigir su parte o cuota en la deuda, pero que se allana a pagar las cuotas de los otros codeudores, si el acreedor, a su vez, se presta a subrogarlo en su derecho a ellas.

Por nuestra parte coincidimos con lo expresado por el profesor colombiano, ya que en tanto la ley contemple un supuesto de subrogación legal o de pleno derecho, será innecesario que se recurra a la figura de la subrogación convencional, pues ella carecería de sentido si el caso se encuentra incurso dentro de las previsiones contempladas por alguno de los tres incisos del artículo 1160.

Así, cuando la ley prevé una hipótesis de subrogación legal y ésta se presenta, no podrá considerarse tal supuesto como uno de subrogación convencional. En este caso la voluntad de las partes estaría de sobra, pues a ellas preexiste la norma legal.

Agrega Ospina Fernández[1592], refiriéndose al régimen que el Código Civil de su país otorga a la subrogación convencional, que esta clase de subrogación se caracteriza por ser la resultante de un pacto entre el acreedor y el *solvens*, en virtud del cual, al recibir aquél el importe total o parcial de su crédito, conviene en subrogar al *solvens* en su puesto de acreedor, con todos los derechos y demás accesorios de que goce el crédito.

Por su parte, Guillermo A. Borda[1593] considera que la subrogación convencional en la modalidad de subrogación por acto del acreedor tiene lugar cuando al recibir el pago le transmite a quien paga todos sus derechos y acciones respecto de la deuda. Según el citado profesor, esta forma de subrogación tiene especial importancia cuando el deudor se ha opuesto al pago que pretende el tercero,

1591 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 394 y ss.

1592 *Ibidem. Op. cit.*, pp. 393 y ss.

1593 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 590.

pues mediante tal oposición no tiene lugar la subrogación legal, es decir, de pleno derecho, pero, en cambio, no impide que el acreedor primitivo le ceda o transmita sus derechos a quien paga.

En opinión nuestra, y de acuerdo con la ley peruana, no resulta relevante para calificar a una subrogación como legal o convencional la negativa del deudor al pago por un tercero, en la medida en que dicho pago sería válido, aun cuando el tercero no tenga interés en el cumplimiento de la obligación.

Entendemos que el supuesto del inciso 1 del artículo 1261, lleva implícito el desconocimiento o la negativa del deudor al pago por un tercero, pues si el deudor estuviese de acuerdo con el pago, la hipótesis sería susceptible de estar encuadrada dentro de lo previsto por el inciso 2 del artículo 1261, norma que prevé la subrogación convencional con aprobación expresa o tácita del deudor.

Hemos dicho, además, que el pago por un tercero está descartado en las obligaciones *intuitu personae*. A ello agregamos que el otro supuesto en que puede impedirse el pago por un tercero es cuando el acreedor y el deudor hayan convenido en ello, pero este pacto sólo podrá oponerse en la medida en que dicho tercero sea uno que no tenga legítimo interés en el cumplimiento de la obligación. En caso contrario, tendrá derecho a pagar, y si no se le acepta el pago podrá recurrir a la vía consignatoria.

Dentro del régimen del Código Civil peruano, la subrogación convencional no requiere de formalidad alguna. Es más, resultaría indiferente que cuando las partes —en el caso del inciso 1 del artículo 1261 el acreedor y el tercero— llegaran a ese acuerdo, deban manifestar su voluntad, necesariamente, en forma expresa, porque el artículo 141 del Código permite la manifestación de voluntad tácita.

Por lo demás, reiteramos que la subrogación convencional de que trata el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil sólo exige el acuerdo entre el acreedor y el tercero, con la finalidad de que se verifique el pago de lo debido por el deudor. En este caso resultará indiferente la voluntad del deudor, quien podría no estar enterado o, incluso, oponerse a éste.

Por último, en lo referente a los efectos de la subrogación convencional, señala Demolombe que éstos son los mismos, cualquiera que sea la causa de donde provenga la subrogación, sea de la convención o de la ley.

2.2. La subrogación convencional tiene lugar cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor

Cuando el tercero no interesado paga por otro, vale decir, cuando cumple con la prestación a cargo de un deudor, pero mediando el asentimiento de éste, la ley reconoce el derecho del tercero a sustituirse en la titularidad de los derechos del acreedor pagado, por considerar que existe un supuesto de subrogación convencional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Borda[1594] manifiesta que también tiene lugar la subrogación en favor del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo, quedando bien claro que no es necesario el asentimiento del deudor para que opere la subrogación. Pero ésta no tendrá lugar si existe oposición del deudor primitivo a que el tercero haga el pago. Luego Borda analiza el supuesto en que el pago se haga en la ignorancia del deudor, preguntándose si es necesario que se haga en nombre de éste y en su beneficio para que opere la subrogación.

Estima Borda que lo que en definitiva juega aquí es la protección de la situación del que ha pagado por otro. Está bien que se niegue la subrogación cuando existe oposición del deudor, porque nadie está autorizado a inmiscuirse en los negocios de otro en contra de su voluntad. Pero si hay sólo ignorancia del deudor, entonces no se ve qué perjuicio le puede causar a éste que la obligación que antes tenía respecto de Juan, la siga teniendo hoy respecto de Pedro, con iguales garantías y privilegios. Y si él no se perjudica con esta subrogación, en cambio el tercero que ha pagado por él se beneficia sustancialmente, no habiendo, pues, motivos valederos para negar la subrogación en esta hipótesis. Agrega Borda que el tercero que paga ante la oposición del deudor sólo tiene contra éste una acción *in rem verso*.

Nosotros entendemos la hipótesis del inciso 2 del artículo 1261 del Código Civil peruano en forma más restringida que la señalada por Borda en referencia al precepto respectivo del Código Civil argentino.

Consideramos, tal como lo adelantáramos al referirnos al inciso 1 del artículo 1261, que el inciso 2 no trata del supuesto de que el deudor ignore que el tercero está pagando, ya que en este caso se podría configurar una hipótesis distinta de subrogación convencional —la contemplada en el inciso 1 del artículo 1261—. En efecto, si el deudor ignorase que un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación está pagando con el asentimiento expreso o tácito del acreedor, este caso encuadraría en lo previsto por el mencionado inciso 1.

El supuesto del inciso 2 es distinto. En él sólo se comprenden los casos en los que la voluntad expresa o tácita del deudor apruebe el pago por un tercero.

Luego Borda se pregunta si para que opere la subrogación es necesario que quien paga sepa que paga la deuda de otro; o, dicho en otras palabras, si el que paga la deuda de otro creyéndose obligado personalmente se beneficia con la subrogación. Refiere que la cuestión es discutible, pero no ve razón alguna para negarlo. Si la subrogación opera aunque el pago se haga a nombre de quien paga, si es indiferente su intención de beneficiarlo o no, no hay motivos para privar de ella a quien ha pagado la deuda de otro, creyendo que pagaba la suya, creencia que no modifica en nada el fundamento esencial y objetivo de la subrogación, pues se

1594 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 587 y 588.

ha pagado la deuda de otro; y basta con ello para ubicar a quien paga en el lugar del acreedor originario.

Nosotros discrepamos de las expresiones del maestro argentino, pues consideramos que sí será sustancial el hecho de que el tercero que paga lo haga conociendo o no que está pagando la obligación de otro.

Creemos que si el tercero pagara en el entendido de que lo está haciendo por una obligación propia, y no por una ajena, se estaría configurando un supuesto de pago indebido, pues habría mediado error de hecho o de derecho, caso en el cual sería de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1267 del Código Civil peruano, norma que establece tan sólo la restitución de lo pagado por error.

Además, resulta obvio que aquí la acción que correspondería no sería la subrogatoria (por no estar ante un supuesto de subrogación convencional), sino la de repetición de lo indebidamente pagado, que es regulada por los artículos 1267 y siguientes del Código Civil.

Y será evidente que sólo podrá repetir del acreedor a quien pagó, y no del deudor que no pagó. Esto, por una simple razón lógica, ya que al haber pagado en la creencia de que lo estaba haciendo respecto de una obligación propia y no de una obligación ajena, el deudor no quedará liberado, de lo que se deduce que el acreedor tendría expedito su derecho para demandarle el pago, sin perjuicio de restituir al tercero lo indebidamente pagado.

2.3. La subrogación convencional tiene lugar cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago

El supuesto previsto por este inciso plantea un caso algo complejo, pues supone la existencia de los siguientes actos:

- Un contrato de mutuo (préstamo dinerario o de otros bienes consumibles), entre:

  (A) (B)

  MUTUANTE----------MUTUATARIO

- Relación obligacional entre el mutuatario y un tercero:

  (C) (B)

  ACREEDOR----------DEUDOR

- (B) paga a (C) con el dinero (o prestación en general, ya que el mutuo puede consistir en cualquier otro bien consumible distinto del dinero —argumento del artículo 1648 del Código peruano—) recibido en mutuo de (A).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Dicho pago determina que (A) se subrogue en el lugar del acreedor, a fin de que pueda cobrar a (B) el dinero recibido en préstamo.

Es requisito indispensable para que opere esta figura jurídica que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta y que en él se haya dejado constancia del propósito de pagar con la prestación objeto del mutuo a un tercero, acreedor del mutuatario.

Precisa Demolombe[1595] que, como hemos visto, el legislador no sometió a los otros casos de subrogación convencional ninguna forma especial; pero para este caso es diferente porque éste podría dar lugar al perjuicio del tercero por los diversos tipos de fraude. En consecuencia, el legislador lo sometió a dos condiciones de forma cuyo fin es garantizar la existencia de dos situaciones que constituyen el fondo de esta subrogación, a saber: el destino, es decir, que el prestamista otorgó al deudor el dinero para pagar a su acreedor; y el empleo, es decir, que el dinero recibió el destino acordado y se utilizó para pagar al acreedor.

Otro requisito previsto por la ley es que al momento en que el deudor haga el pago a su acreedor, manifieste que el dinero o bienes con los que está pagando provienen de un contrato de mutuo en el cual él es mutuatario, a fin de que tal acreedor pueda conocer que va a operar la subrogación convencional.

Respecto al caso bajo análisis, debemos anotar que los requisitos que la ley señala para su dación resultan sumamente importantes, tal como lo expresaba Ángel Gustavo Cornejo[1596], al comentar el artículo correspondiente del Código Civil peruano de 1936, que exigía, incluso, que el préstamo al que el precepto se refería como dinerario constara por escritura pública. Cornejo señalaba que estas formalidades se exigen, según Colin y Capitant, para prevenir un fraude bastante calificado que sería el siguiente: supongamos que el deudor ha gravado sus bienes con varias hipotecas y que ha pagado al primer acreedor inscrito. Más adelante, necesitando dinero, podía intentar hacer renacer esta primera hipoteca en detrimento del segundo acreedor que había alcanzado el primer rango y en beneficio de un nuevo prestamista, realizando con éste un contrato privado, con antedata, en el que simularía que el dinero recibido hoy fue entregado anteriormente, y con el fin de pagar al antiguo primer acreedor hipotecario. Indicaba también Cornejo que la exigencia de la escritura pública y la de la procedencia de la cantidad pagada impide semejante fraude, salvaguardando los intereses de los acreedores intermedios entre el primer inscrito y el último.

Debemos precisar que en el supuesto del inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil peruano bajo comentario, es el propio deudor quien paga, pero la obligación no se extingue, pues el tercero prestamista quedaría subrogado. Se trata, en

1595 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvii, p. 260.

1596 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo ii, volumen i, pp. 360 y ss.

consecuencia, de un caso atípico de subrogación personal, en virtud del cual opera esta figura jurídica no obstante que el pago lo verifica el propio deudor.

Por último, resulta claro que quien prestó el dinero o los bienes para que el deudor pudiera efectuar el pago, sólo podrá cobrar, o a través de la subrogación o a través de la obligación nacida del contrato de mutuo en virtud del cual prestó esos bienes; conforme estime de mayor conveniencia. Es evidente que no podrá realizar un doble cobro[1597].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1597 Texto correspondiente a la tercera edición.

Efectos del pago con subrogación

Artículo 1262.- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1262

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 sobre el particular en el artículo 846: «La subrogación establecida en los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los deudores, como contra los fiadores; no puede perjudicar al acreedor cuando no se le ha pagado sino en parte, en cuyo caso puede ejercer sus derechos con preferencia al que le ha hecho el pago parcial»; en tanto que el Código Civil de 1852 no legislaba sobre el tema.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el particular en su artículo 2926: «La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a los artículos 2923 y 2924; 3° La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de estos últimos deba contribuir al pago de la deuda».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, expresaba en el artículo 242 que: «La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.— 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente.— 3° La subrogación legal establecida

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 240»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 preveía el tema en el artículo 231: «La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.— 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente.— 3° La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 229».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba la materia en el artículo 1261: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal, como contra los fiadores; pero el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1271: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal como contra los fiadores; pero el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el particular en el artículo 122: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal como contra los fiadores; pero el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 119: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1282: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1229: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

El artículo 1262 del Código Civil peruano de 1984 se encarga de establecer cuáles son los efectos de la subrogación, sea legal o convencional: la sustitución del subrogado en la titularidad de todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Enseña De Ruggiero[1598] que ya sea legal o convencional, la subrogación produce el efecto de hacer subentrar al subrogado en la posición jurídica del acreedor satisfecho. El crédito, con todas sus garantías y con todas las excepciones oponibles al acreedor originario, se transfiere al subrogado, quien podrá dirigirse contra el deudor o contra los fiadores; pero la subrogación no se produce sino hasta la concurrencia del pago efectivo y en parte y concurriendo con el acreedor originario si éste fue satisfecho en su crédito sólo parcialmente.

Por su parte, Boffi Boggero[1599] sostiene que la subrogación subjetiva conlleva numerosas e importantes consecuencias. Esas consecuencias destacan una línea o principio general y un conjunto variado de limitaciones a él. La subrogación legal o convencional traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores. Boffi Boggero agrega que el nuevo acreedor «utiliza» todos los derechos sustantivos principales y accesorios y las acciones que no sean intransferibles, habiéndose superado la idea de que solamente se transferían los accesorios. Quedan fuera los gastos del subrogante y, para alguna doctrina, los derechos del fisco en casos en que él resultare subrogado por el tercero.

Considera Boffi Boggero que en el lado pasivo debe decirse que ocupar el sitio del primitivo acreedor hace al nuevo pasible de las mismas defensas que se podían oponer a aquél, y que la solución de este nuevo acreedor podría ser —en todo caso— usar de las otras acciones otorgadas por la ley.

En palabras de Llambías[1600], la subrogación importa un traspaso del crédito a favor del subrogado, a cuyo respecto queda obligado el deudor, que, como sabemos, no resulta liberado por el pago con subrogación. En tal sentido, la subrogación legal o convencional traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el principal y codeudores, como contra los fiadores.

Precisa Llambías que de lo expuesto surge la amplitud de la transmisión causada por la subrogación, sea ésta legal o convencional, ya que no difieren esas especies del mismo género en cuanto a sus efectos. Añade que la transmisión abarca, según una fórmula muy expresiva, «todos los derechos, acciones y

1598 De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 111.

1599 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 213 y 214.

1600 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 359-361.

ESTUDIO MENTOCASMUO PERÚ

garantías del antiguo acreedor». Estima Llambías que con la expresión «todos los derechos» se hace referencia al cúmulo de prerrogativas que correspondían al acreedor primitivo, en razón de su título, las que se desplazan y quedan establecidas en cabeza del subrogado; derechos entre los que cabe mencionar los privilegios, que son calidades inherentes al crédito transmitido, la garantía de evicción, la facultad de cobrar intereses, de acudir a los tribunales competentes para entender en la causa, etcétera.

Dentro de la expresión «todas las acciones», se hace referencia —según Llambías— a los medios para hacer valer ante los tribunales cualquier pretensión que hubiese correspondido al acreedor originario, tales como la rescisión o resolución del contrato fundante de la obligación, la acción revocatoria o pauliana, la facultad de trabar un embargo preventivo autorizado por la naturaleza del crédito, la facultad de intervenir en el juicio iniciado por el acreedor primitivo contra el deudor, entre otros.

Por otra parte, con la expresión «todas las garantías» del crédito se hace referencia a hipotecas, prendas, fianzas o derechos de retención que se hubiesen otorgado en favor del acreedor primigenio.

Finalmente, Llambías sentencia que no pasan al subrogado las facultades del acreedor primitivo que eran inherentes a la persona de éste, y cuyo ejercicio no es concebible por alguien que no sea ese acreedor. Así, cuando un tercero paga un cargo a favor del donante, que éste había impuesto al donatario, ese pago que es subrogatorio, no traslada al tercero la facultad de revocar la donación por incumplimiento del cargo de parte del donatario, pues ésta es una facultad inherente a la persona del donante.

Para Guillermo A. Borda[1601], el principio general consiste en que la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores como contra los fiadores; y que por aplicación de esta norma debe admitirse que pasan al nuevo acreedor los privilegios que favorecen al crédito, las acciones de revocación, resolución, etcétera, las garantías tales como hipotecas, prendas, fianzas, o el derecho a concurrir ante los tribunales que eran competentes para atender en la demanda que tenía derecho a entablar el acreedor originario contra su deudor.

Por último, como expresa Ángel Gustavo Cornejo[1602], «A virtud de esta expresa declaración de la ley, la subrogación, ya sea legal o convencional, sustituye al antiguo acreedor por el nuevo en todos los derechos y garantías que tenía contra el deudor principal o contra los fiadores de éste. La sustitución en todos los derechos significa que si el acreedor gozaba de algún privilegio éste ampara al subrogado; que le transfiere todas las acciones, significa que pasan a mano del

1601 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 592 y 593.

1602 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 360 y ss.

subrogado todas las que pudieran derivar de la relación obligatoria en la que se interpola, vale decir, las acciones rescisorias, revocativas, etcétera, adquiriendo igualmente las garantías que aseguraban al acreedor subrogante: hipotecas, prendas o fianzas».

Por nuestra parte, consideramos que la frase «hasta por el monto de lo que hubiese pagado», utilizada por el artículo 1262 del Código Civil peruano de 1984, en su parte final, permite concluir que el pago del subrogado al subrogante podrá o no cubrir la totalidad de la deuda. Si cubriese el íntegro de ésta, resultará evidente que operará una subrogación total; en cambio, si pagase sólo una parte, operará una subrogación parcial.

Debe señalarse, además, que lo dispuesto en la parte final del artículo 1262 del Código Civil, concuerda con lo establecido en el artículo 1264, cuando señala que si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.

Queda claro que sólo procede la posibilidad de una subrogación parcial cuando se cumpla en parte la deuda. Debe recordarse que el pago parcial es posible cuando se trata de una obligación divisible, o indivisible por pacto, pero que por permitirlo su naturaleza y la voluntad del acreedor, se haya podido realizar respecto de ella un pago parcial.

Por último, la técnica del Código vigente supera al Código anterior, pues éste se refería a obligaciones dinerarias, mientras el actual, con la terminología que ha adoptado, también alude a prestaciones de otra naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Naturaleza del cobro en la relación interna

Artículo 1263.- En los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado 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, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204.

1. Fuentes nacionales del artículo 1263

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 fue el primero en abordar el tema a través de su artículo 2926: «La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1º El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2º El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a los artículos 2923 y 2924; 3º La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda, de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de éstos últimos deba contribuir al pago de la deuda».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, expresaba en el artículo 242 que: «La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1º El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.— 2º El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente.— 3º La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 240».

LEYSER LEÓN CASTILLO FREYRE

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 preveía el tema en el artículo 231: «La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1º El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.— 2º El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente.— 3º La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 229»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba la materia en el artículo 1262: «La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1272: «La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema en el artículo 123: «La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, no lo autoriza a ejercer los derechos del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de éstos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hizo en el artículo 120: «En los casos del inciso 1) del artículo 117, el subrogado 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, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 83».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regulaba la materia en el artículo 1283: «En los casos del inciso 1) del artículo 1280, el subrogado 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, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1225»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1230: «En los casos del artículo 1227, inciso 1, el subrogado 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, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1172».

LIBRO DE ARCHIVO CON FINES DE CONSULTA

2. Análisis

El artículo 1263 del Código Civil, determina que se desvanezcan la indivisibilidad y la solidaridad como caracteres de la obligación.

Queremos expresar que, desde el momento en que el codeudor de una obligación indivisible o solidaria efectúa al acreedor o a los acreedores el pago del íntegro de la deuda (más allá de la porción que le correspondía en la relación interna con sus demás codeudores), no es de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1262, precepto que 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.

Resulta evidente que aquí el codeudor de una obligación indivisible o solidaria que paga el íntegro de ésta, no gozará de los beneficios inherentes a las obligaciones de dicha categoría, sino que sólo podrá demandar a cada uno de sus codeudores por la parte que les corresponde en la relación interna, vale decir, como si se tratase de una obligación divisible o mancomunada.

Ello significa que el artículo 1263 constituye una excepción a la regla prevista por el artículo 1262, de modo que la indivisibilidad y la solidaridad se destruyen desde el momento en que se efectúa el pago en las condiciones que hemos establecido.

Cabe precisar que el artículo 1263 del Código Civil, bajo comentario, agrega que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1204 del propio Código. Como se recordará, el artículo 1204 corresponde al tratamiento de las obligaciones solidarias, pero también resulta aplicable a las obligaciones indivisibles, en virtud de la norma de remisión del artículo 1181.

El artículo 1204 establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación; y agrega que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los otros codeudores.

Siguiendo el criterio establecido por la norma, la Casación 1006-03-Ucayali, de fecha 29 de marzo de 2004, estableció lo siguiente sobre la subrogación en las obligaciones indivisibles y solidarias, «*Cuarto*. Como bien se ha establecido en autos, ha operado de pleno derecho la subrogación legal a favor del accionante, toda vez que éste ha pagado la deuda a la cual estaba obligado indivisible y solidariamente con los demandados, razón por la cual 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...', como precisa el artículo 1263 del Código Sustantivo».[1603]

Por lo demás, remitimos al lector al análisis del artículo 1204 del Código Civil.

1603 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 944. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Subrogación parcial

Artículo 1264.- Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.

1. Fuentes nacionales del artículo 1264

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; pero sí en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 846: «La subrogación establecida en los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los deudores, como contra los fiadores; no puede perjudicar al acreedor cuando no se le ha pagado sino en parte, en cuyo caso puede ejercer sus derechos con preferencia al que le ha hecho el pago parcial». El Código Civil de 1852 no legislaba sobre el tema.

El Proyecto de Código Civil de 1890 abordaba la materia en su artículo 2927: «Si el crédito pagado por subrogación tiene privilegio o alguna garantía particular y el acreedor primitivo solamente ha recibido una parte de él, puede ejercer sus derechos por el resto del crédito con preferencia al nuevo acreedor que sólo pagó parte del crédito».

Posteriormente, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, también previó el tema en su artículo 243: «Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere sido reembolsado en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la parte que respectivamente se les debiere»; seguido por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 232: «Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere sido reembolsado en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la parte que respectivamente se les debiere»; por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1263: «Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere sido reembolsado en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la que corresponde al subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1273: «Si el subrogado en lugar del acreedor lo hubiere sido sólo en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor

FERNANDO MARIO CASTRO FREYRE

primitivo y la que corresponde al subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera».

Dentro del 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 124: «Si el subrogado en lugar del acreedor lo hubiere sido sólo en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la que corresponde al subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera»; a la que siguió el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 121: «Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera».

Luego vendrían el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, con su artículo 1284: «Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, con el artículo 1231: «Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera».

2. Análisis

El Código Civil peruano de 1984, al igual que su predecesor, el Código Civil de 1936, se aparta del sistema legislativo y doctrinario que reconoce un mejor derecho al primitivo acreedor, de modo que al concurrir con el tercero subrogado, aquél tendrá preferencia sobre este último, de acuerdo con el principio *nemo contra se surogasse censetur.*

En el Perú el tema fue abordado en el plano legislativo en primer lugar por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 y por el Proyecto de Código Civil del año 1890, cuerpos normativos que preveían que si el acreedor primitivo solamente había recibido una parte del crédito, podía ejercer sus derechos por el resto con preferencia al nuevo acreedor que sólo lo pagó en parte.

Esta posición fue variada totalmente desde el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado en 1925 por Manuel Augusto Olaechea, quien recogió el principio opuesto en su artículo 243, que —en líneas generales— rige hasta nuestros días.

Como refiere José León Barandiarán[1604]: «El punto resuelto por el precepto es uno que ha dividido las opiniones doctrinales y aun ha originado disconformidad en las reglas formuladas por los códigos. La solución generalmente admitida es en el sentido de que concurriendo el primitivo acreedor y el tercero subrogado, aquél tenga preferencia sobre el último, conforme al principio *nemo contra se subrogasse censetur*. Esta solución es la que consagra el Código de Napoleón y la mayoría de los demás. El Código italiano anterior (artículo 1254) como el actual (artículo 1205), el argentino y el japonés deciden que el subrogante y el subrogado concurran en proporción a lo que a uno y a otro corresponda. El Proyecto de Código de las Obligaciones para Francia e Italia es del mismo parecer. El Proyecto de Código argentino [se refiere al Proyecto de 1936] opta por el sistema opuesto».

Cazeaux y Trigo Represas[1605] señalan que la solución del Código Civil argentino —que es similar a la del Código Civil peruano de 1984—, no ha sido acogida de manera uniforme en la legislación comparada. Recuerdan igualmente que el Código Civil francés y la mayoría de las legislaciones modernas resuelven que en este caso el acreedor primitivo puede cobrar con preferencia al subrogado; y esta solución se funda en que la subrogación no puede perjudicar al primer acreedor, pues no es lógico presumir que nadie la acuerde en contra de sus propios intereses; *nemo contra se subrogasse censetur*. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que incluso en su país, algunos autores se pronuncian en favor de que deba reconocerse un privilegio al primitivo titular del crédito[1606].

Théophile Huc[1607], al analizar el numeral 1252 del Código Napoleón, norma que precisamente contempla principio opuesto al contenido en el artículo 1264 del Código Civil peruano de 1984, expresa que no se puede perjudicar al acreedor cuando no haya sido pagado sino en parte, caso en el cual puede ejercer todos sus derechos por lo que se le sigue debiendo, con preferencia a aquél que no haya

1604 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 384.

1605 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 67.

1606 Anotan los profesores citados que, por el contrario, Marcadé criticó acerbamente la regla del artículo 1252 del Código Napoleón, calificándola como una excepción inicua al principio de que el crédito del subrogado goza de iguales garantías que el del acreedor pagado. Y esta crítica fue acogida por Vélez Sarsfield en la redacción del artículo 772, coincidente —a su vez— con los códigos civiles de Italia de 1865, artículo 1254, y del año 1942, artículo 1205, de Perú de 1936, artículo 1273, y de Venezuela, artículo 1301. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que la doctrina argentina, en general, justifica el apartamiento del sistema tradicional del Código Civil francés, puesto que se trata de un solo y mismo crédito y, además, la otra solución concedería al acreedor una ventaja superior a la que podría obtener de su crédito. Pues, en efecto, si el acreedor no hubiese recibido un pago parcial del tercero subrogado, percibiría en el concurso del deudor sólo la proporción que el grado de su insolvencia permitiera; en cambio, al tener que compartir con el subrogado parcial la parte que corresponde al crédito, él ya ha recibido íntegramente la parte por la cual su subrogado cobrará en moneda de quiebra.

1607 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 110-112.

recibido más que un pago parcial, en aplicación de la máxima *nemo censetur subrogasse contra se.*

Si el crédito —dice Huc— pagado de manera parcial era simplemente quirografario o sólo garantizado por una fianza, al no fundamentarse en la subrogación el recurso del *solvens* contra el deudor, sino en un título idéntico al del acreedor, pagado en parte, ya no sería aplicable el artículo 1252; en la distribución por contribución, el *solvens* y el *accipiens* deberían recibir un dividendo proporcionado.

Huc, partidario de la tesis consagrada por el Código francés, agrega que el marco de aplicación del artículo 1252 del *Code* es relativo, ya que el derecho de preferencia que emplea el artículo 1252 a favor de aquél que recibió sólo un pago parcial, resulta únicamente de una reserva hecha implícitamente por el que fue pagado en parte; y este derecho no resulta del mismo título de crédito, aunque deba concurrir a asegurar el pago del crédito, pudiéndose transmitir este derecho por la cesión, bien gratuitamente o bien onerosamente. De este modo, al vender su crédito por el saldo, el acreedor puede vender, al mismo tiempo, el privilegio que resulta del artículo 1252, y, en este caso, el contrato tiene por objeto directamente el privilegio en el que consiste.

Sin embargo, a decir de Huc, esto sería de otro modo si el acreedor procediera por vía de subrogación a favor de aquél que llegara a pagarle el saldo de su crédito. En este caso, el contrato tiene solamente por objeto la transmisión de las garantías constituidas directamente para asegurar el pago del crédito considerado en sí, y no la transmisión de un privilegio que resulta de una reserva que el suceso demuestra no tener ya significado; razón por la cual no se preferirá al último subrogado más que al primero, concurriendo todos los subrogados, sin embargo, en conjunto.

Concluye Huc señalando que apenas es necesario hacer observar que el artículo 1252 del Código Napoleón se aplica únicamente a la porción debida del crédito, del que se pagó sólo una parte, ya que el acreedor no podría acogerse a este artículo para los demás créditos que puede tener contra el mismo deudor[1608].

1608 Expresa José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 385) que «[…] no han faltado objeciones contra el sistema que apadrinase el *Code Civil*. En primer lugar, el sistema sólo puede favorecer la producción de los pagos con subrogación cuando ésta es *a parte creditoris*. En otro caso, precisamente, tendría un efecto contrario. El *solvens* no se sentirá, las más de las veces, animado de hacer la operación porque sabe que su derecho queda pospuesto frente al del *accipiens*. Colmet de Santerre hacía notar los resultados poco equitativos a que se desemboca por dejarse llevar del principio de *nemo contra se subrogasse censetur*. Si A es acreedor de B por valor de 100 y C paga al primero por valor de 50, más tarde, cuando se remate el patrimonio de B, resultando que aquél no importa un valor sino como 50, este último debe entregarse enteramente a A, mientras que el tercero no obtendrá nada. Más justo es que lo que se obtenga del deudor se divida proporcionalmente entre subrogante y subrogado.
De otro lado, entre los autores que critican en este punto al Código Napoleón, tenemos a Marcadé, quien hace notar que por la subrogación se trasmiten al subrogado los mismos derechos que

Por su parte, Giorgi[1609], en relación con el concurso entre subrogante y subrogado, en la hipótesis de pago parcial, que fue canon sancionado por el Código Napoleón, anota que la subrogación no debe nunca perjudicar al acreedor pagado sólo en parte, que puede, según aquel Código, hacer valer sus derechos por el resto que se le debe, con preferencia al acreedor subrogado, del que sólo ha recibido un pago parcial. Ésta era —según Giorgi— la aplicación del vulgar aforismo *nemo contra se subrogasse censetur*. Y señala que si bien tal canon estaba defendido por evidentes razones de equidad, por no parecer tolerable que un pago pudiera volverse en daño del acreedor que lo recibe, además de consideraciones de conveniencia que aconsejaban mejorar la suerte del subrogante para hacer más frecuentes los pagos con subrogación, sin embargo, no faltaban entre los mismos comentaristas del Código Napoleón, los adversarios del principio y de sus consecuencias. Agrega Giorgi que éstos partían de la indicación de los inconvenientes y las injusticias a que conducía siempre que el deudor fuera insolvente.

Por otra parte, reiteramos que la posición de reconocer un mejor derecho al acreedor primigenio respecto del tercero subrogante (de manera parcial), se basaba —fundamentalmente— en el principio romano *nemo contra se subrogasse censetur*, según el cual no parecía tolerable que un pago pudiera volverse en daño del acreedor que lo recibía.

Existían, sin embargo, consideraciones de conveniencia que aconsejaban mejor suerte al subrogante, para hacer más frecuentes los pagos con subrogación. Por ello, consideramos que los fundamentos en que se asienta la posición acogida por el artículo 1264 del Código Civil peruano de 1984 son los más sólidos; se resumen en estas dos ideas:

(a) Al tratarse de un solo y mismo crédito no conviene el sistema francés, pues en la práctica se estaría distinguiendo en un punto donde no cabe efectuar distinción alguna.

(b) El sistema del Código Civil francés resulta inconveniente y hasta injusto, por cuanto concede al acreedor una ventaja superior a la que podría obtener de su propio crédito; pues si no hubiese recibido un pago parcial del subrogante, percibiría en el concurso con el deudor sólo la proporción que el grado de su insolvencia le permitiera.

Para ilustrar el precepto bajo análisis, exponemos, junto con Borda[1610], un ejemplo: supongamos que el tercero ha hecho un pago parcial y, por lo tanto, se ha subrogado parcialmente en los derechos del acreedor. En lo restante de la deuda,

correspondían al acreedor primitivo, y de no haberse pactado expresamente ninguna preferencia en favor del subrogante, no hay motivo racional para que la ley, contra la naturaleza idéntica de uno y otro derecho, confiera preferencia a uno de ellos, simplemente por una presunta interpretación de la voluntad de las partes».

1609 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, pp. 286 y 287.

1610 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 593 y 594.

éste conserva sus derechos originarios, de tal suerte que ambos resultan ser acreedores del mismo deudor. Si más tarde los bienes de éste, no alcanzasen a pagar ambas deudas, subrogante y subrogado concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiere, como sería el caso en que «A» debe 10,000 soles a «B»; «C» paga 5,000 soles y se subroga en los derechos de «B» por esa suma, como resultado de lo cual «B» y «C» tienen cada uno un crédito de 5,000 soles contra «A». Hecha la ejecución de los bienes de éste, resulta que sólo tiene 2,000 soles para afrontar las deudas. «B» y «C» recibirán cada uno 1,000 soles, sin que ninguno pueda alegar derecho preferente sobre el otro. Para Borda ésta es la solución justa.

Por último, debemos precisar que coincidimos con Giorgi[1611] cuando anota que esta disposición no es de orden público, razón por la cual sería lícito que el subrogado renuncie a ella, aun en el acto mismo del pago, reconociendo la prelación del subrogante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1611 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, pp. 287 y 288.

Capítulo sexto
Dación en pago

Concepto y consideraciones generales

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1265

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 fue el primero en abordar el tema en su artículo 2928: «Una obligación queda extinguida, cuando el acreedor recibe voluntariamente cualquiera objeto que no sea dinero, en lugar de la cosa que se le debía entregar, o del hecho o servicio que tenía derecho a exigir»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hizo en el artículo 244: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 233: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía pagar, o del hecho que se le debía prestar»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1264: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1274: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se ocupó de la materia en su artículo 125: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar,

EDICIONES CASTILLO FREYRE

o del hecho que se le debía prestar»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, no abordó el particular; siguiendo similar criterio el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981.

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

2. Análisis

2.1. Concepto

Es claro que sólo el exacto cumplimiento de la prestación debida permite al deudor obtener su liberación. Esto, de acuerdo al principio de identidad en el pago, recogido en el artículo 1132 —relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos—, norma que no obstante su ubicación resulta aplicable a todas las obligaciones, independientemente de su naturaleza. Sin embargo, la ley civil peruana reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta, en pago de lo que debe, una prestación distinta a la originalmente pactada.

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

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

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

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

Para Giorgi[1612], a través de esta figura el deudor da voluntariamente en pago una prestación diversa a la debida al propio acreedor, que consiente en recibirla en sustitución de la otra que le habría correspondido.

Valencia Zea[1613] define a la dación en pago como el acuerdo mutuo entre acreedor y deudor en virtud del cual el primero conviene en recibir en pago, en lugar de la prestación que se le debía otra equivalente.

1612 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen VII, p. 340.
1613 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 423.

Anota Messineo[1614] que al mismo tiempo que es un principio que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que se le debe —*nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest*—, es posible que el deudor, con el previo asentimiento del acreedor —y, por consiguiente, con base en un verdadero y propio contrato solutorio—, sea autorizado a entregar cosa diversa: es ésta la dación en pago.

Señalan Planiol y Ripert[1615] que existe dación en pago cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta que la que debía en virtud de la obligación. Por ejemplo, se adeuda una suma de dinero y se entregan determinadas mercancías en pago de dicha suma. Agregan los autores citados que este modo de liberación solamente puede emplearse con el asentimiento del acreedor, pues a éste asiste el derecho de exigir lo que estrictamente se le debe.

En el mismo sentido, Jorge Eugenio Castañeda[1616] afirma que la dación en pago es un modo de extinguir obligaciones mediante el cual se entrega al acreedor una cosa distinta de la debida. Debo mil soles a Juan y en lugar de pagárselos le doy un reloj.

De igual manera, Latour Brotóns[1617] expresa que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones consistente en el cumplimiento inmediato por el deudor de una prestación distinta a la debida, que aceptada por el acreedor extingue la obligación originaria.

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

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

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

1614 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 204.

1615 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 587.

1616 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 150.

1617 Latour Brotóns, Juan. «Notas sobre la dación en pago». En *Revista de Derecho Privado*, n.os 436-437, julio-agosto. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1953, p. 627.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

El Código Civil peruano de 1984 regula en el artículo 1265 la *datio in solutum* como un medio de extinción de obligaciones. En este sentido, la dación en pago puede catalogarse de la manera que anotamos a continuación.

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

De acuerdo a sus efectos, la *datio in solutum* es un medio extintivo de obligaciones, ya que a través de ella la obligación primigenia deja de tener existencia.

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

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

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

2.2. Requisitos

De manera previa, debemos señalar que la Casación n.º 1280-2007-Tacna, de fecha 1 de septiembre de 2008, ha establecido los requisitos de la dación en pago: «*Décimo Tercero*. Se desprende que el presente acto jurídico reúne los requisitos para que se configure la dación en pago, pues, se encuentra acreditada la existencia de obligaciones garantizadas por los demandantes a favor del Banco, tal como se advierte del contrato, siendo que dichas obligaciones serían canceladas parcialmente con la venta del inmueble dado en garantía; y, finalmente, está acreditado el acuerdo entre acreedor y deudor, quienes celebraron dicho acto jurídico; por tal razón, se concluye que en este contrato se presentan los requisitos antes descritos».[1618]

1618 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 944. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro entender, para que pueda configurarse la dación en pago es necesaria la presencia de los siguientes requisitos[1619]:

2.2.1. Preexistencia de una obligación válida

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

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

A nuestro modo de ver, la dación en pago, en tanto medio voluntario de extinción de obligaciones, opera bajo la autonomía de la voluntad de los contratantes. En este sentido, nada obsta para que acreedor y deudor, de mutuo acuerdo, convengan en extinguir una deuda líquida o ilíquida, vencida o no vencida, e incluso sujeta a otras modalidades del acto jurídico, dando en pago una prestación diferente y contraída en términos distintos y en las condiciones que las partes acuerden. Y formulamos estas afirmaciones porque, tal como ya lo hemos expresado, la dación en pago constituye una novación por cambio de objeto.

Sobre el particular, Eduardo Serrano[1620] anota que no existe inconveniente en admitir como objeto de la dación en pago bienes futuros o conductas sometidas a condición o término; lo que ocurrirá en dichos casos será que al estimar que no hay dación en pago hasta que se ejecute la prestación asumida, resultará evidente que el efecto extintivo de la dación en pago se producirá cuando el bien deje de ser futuro y la condición o término se verifiquen. Mientras ello no ocurra es evidente que la obligación originaria continúa subsistente.

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

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

1619 Texto correspondiente a la tercera edición.

1620 Serrano Alonso, Eduardo. «Consideraciones sobre la dación en pago». En *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 431.

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

Al respecto, Serrano[1621] expresa que como regla general el deudor asume la realización de una determinada prestación frente a su acreedor, de forma tal que su liberación queda condicionada a la efectiva realización de la prestación asumida; la dación en pago presupone que el deudor no puede realizar la prestación asumida, pero sí otra en su lugar.

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

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

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

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

En suma, ante un supuesto de imposibilidad la obligación simplemente ya no resultará susceptible de ejecutarse, se habrá extinguido y, por tanto, resulta lógico deducir que no cabría pactar dación en pago alguna, ya que ella implica una sustitución convencional para pagar con algo distinto de aquello que se debe. Pero cuando ya no hay obligación, simplemente nada se debe, a no ser, en su caso, la secuencia de los daños y perjuicios, razón por la cual no podría configurarse la dación en pago.

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

1621 *Ibidem*, p. 430.

2.2.2. Cumplimiento con una prestación distinta al objeto de la deuda

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

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

Señala Valencia Zea[1622] que cualquier prestación a cargo del deudor puede ser reemplazada por cualquier nueva prestación. Así, una prestación de hacer puede ser reemplazada por una suma de dinero; una de dinero por una de hacer; la entrega de un cuerpo cierto, por una de hacer o por una de dinero.

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

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

El Código Civil peruano de 1936 sólo concebía la dación en pago cuando se entregaba alguna cosa que no fuese dinero en lugar del bien o hecho que se debía[1623].

El Código Civil peruano de 1984, sin embargo, adopta un concepto doctrinario más amplio, de modo que cualquiera que sea el objeto de la nueva obligación, siempre que se ejecute —con asentimiento del acreedor— en pago de la obligación originaria, configurará dación en pago. Así, en nuestro ordenamiento jurídico es posible que los contratantes estipulen una *datio in solutum rem pro pecunia*, *rem pro re*, *rem pro facto*, *facto pro factum* o *factum pro pecunia*, y en todos estos casos hay, indudablemente, *aliud pro alio*[1624].

Según anota Serrano[1625], las fuentes romanas no parecen señalar ningún tipo de limitación respecto al objeto de la prestación que sustituye a la originaria, de forma que pueda afirmarse que la única limitación viene impuesta por la voluntad del acreedor en la medida en que se considere satisfecho en su interés por la nueva

1622 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 424.

1623 El artículo 1274 del citado cuerpo legal prescribía: «El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar».

1624 Es de hacer notar que el artículo 1265 del Código peruano estatuye que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. De este modo, se ha considerado que siempre que se entregue una prestación distinta a la estipulada habrá dación en pago.

1625 Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 418.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

prestación. Así, de esta manera, se tuvo en el Derecho romano un sentido amplio de la prestación sustitutiva de la obligación originaria que, como señala Melillo, la mayor parte de las veces las fuentes no recuerdan el objeto sustituido, sino que, por el contrario, no es difícil encontrar formulaciones que corroboran esta falta de limitación de la cosa que el acreedor ha considerado satisfactoria para su interés; expresiones como *quemadmodum voluit creditor* o *quodlibet pro debito solutum* demuestran la amplitud del *aliud pro alio* en que consistía la *datio in solutum*.

No obstante ello, a decir de Serrano, la doctrina romanista dominante estima que el punto de partida de la figura de la *datio in solutum* pudo ser el supuesto de hecho consistente en la entrega de una cosa mueble o inmueble a cambio o en lugar de una suma de dinero; supuesto éste que es el más frecuentemente contemplado en las fuentes y que explica el hecho de que se identificase en dichas fuentes predominantemente a la *datio in solutum* con la compraventa. Agrega también, como supuestos de *datio in solutum*, la entrega de una cosa en lugar de otra, o la entrega de dinero en lugar de una cosa.

Por otra parte, debemos precisar que algunos autores niegan la posibilidad de que un crédito pueda darse en pago de lo que se debe. Conforme señala Serrano[1626], no es unánime la doctrina romanista a la hora de admitir la posibilidad de entregar como prestación, en lugar de la debida, un derecho de crédito, pues la dificultad viene determinada por la prohibición general existente en el Derecho romano a la transmisibilidad de las obligaciones, a no ser a través de la figura de la novación.

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

En este sentido, los Mazeaud, citados por Serrano[1627], afirman que, como la dación en pago está subordinada a una transmisión de la propiedad o de un derecho real, el abandono de un crédito en pago de una deuda, aun siendo válido, no constituye dación en pago.

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

Recuerda Josserand[1628] que el concepto de dación en pago no ha sido visto con amplitud. Así, los autores, al referirse a esta institución, suponen en sus explica-

1626 *Ibidem*, p. 419.
1627 *Ibidem*, p. 431.
1628 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 716.

ciones que la deuda primitiva era de una suma de dinero y que el acreedor asiente en recibir, en lugar de esa suma, un bien corporal, un cuerpo cierto.

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

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

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

En este sentido, Valencia Zea[1629] precisa que: «No se configura dación en pago cuando la prestación originaria no sufre cambio, sino un simple aseguramiento, por lo que, si en una venta el comprador entrega al vendedor un pagaré por el precio que le adeuda, este pagaré no es dación en pago, pues sería tanto como admitir que la obligación de pagar una suma de dinero es cosa equivalente a pagarla [...], pues al asumir una nueva obligación en vez de la antigua, mediante la expedición de letras de cambio, pagarés, etcétera, debe suponerse, en la duda, que la nueva obligación se asumió *pro solvendo* y no *in solutum*; lo cual enseña que el acreedor dispondrá de dos créditos y que la deuda se extingue en la medida en que efectivamente se cancele».

En igual perspectiva, Karl Larenz[1630] anota que: «No es raro que con la finalidad de satisfacer al acreedor, el deudor asuma una nueva obligación que obtenga para el acreedor una mayor seguridad o le facilite las consecuencias jurídicas; aceptando, por ejemplo, una letra de cambio o extendiendo una de las denominadas promesas abstractas de deuda, desligadas de la base obligacional, o un reconocimiento de deuda». Según Larenz, «El contraer semejante obligación desligada de su causa jurídica implica una "prestación". La ley establece la presunción de que esta prestación no tiene lugar en concepto de dación en pago, sino únicamente como medio de pago; es decir, que subsiste la relación obligatoria primitiva, quedando la nuevamente aceptada agregada a ella. El acreedor dispone entonces de dos créditos dirigidos al mismo objetivo. La ventaja para él está en que generalmente no pueden ser derivadas de la primitiva obligación excepciones contra el nuevo crédito; y por lo tanto, éste puede ser fácilmente satisfecho. El acreedor está obligado a intentar en primer lugar el cobro del nuevo crédito autónomo (por ello, más peligroso para el deudor); y si éste último cumple el nuevo crédito, con ello liquida al mismo tiempo su antigua obligación».

1629 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 424.
1630 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 420.

En este punto resulta pertinente traer a la memoria lo dispuesto por el artículo 1279 del Código Civil peruano, en el sentido de que «La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación».

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

Sin embargo, consideramos conveniente recordar que este concepto puede ser resumido, como lo hace Ospina Fernández[1631], al decir que las modificaciones accidentales no producen novación ni, por ende, los efectos de ésta, pero, sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley, debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quienes no han participado en el acto que las introduce.

El Tribunal Registral, a su vez, ha reiterado esta norma en la Resolución n.º 109-2021-SUNARP/PT, de fecha 5 de mayo de 2021, «*Quinto.*- En primer lugar, de los términos contractuales transcritos en el considerando precedente tenemos que las partes han asignado al contrato la naturaleza de una "transferencia de propiedad por dación en pago". El artículo 1265 del Código Civil regula esta figura jurídica disponiendo lo siguiente: "(e)l pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse". Así, para que la dación en pago tenga lugar debe existir una obligación palpable, que surge de un contrato o acto jurídico distinto, por ejemplo, una compraventa en donde quedó pendiente el pago del precio y el comprador al no poder pagarlo acuerda darle un bien [obligación distinta]. Entonces, si la dación en pago consiste en otorgar al acreedor una "prestación distinta" de la debida, en el presente caso el deudor reconoce deber 1000 m^2 en abstracto y paga dicha deuda con 1000 m^2 en concreto, de lo que sigue que no hay prestación distinta y, por ende, no existe una dación en pago. Se desestima de este modo el argumento del apelante que señala que este contrato tiene la naturaleza de una dación en pago».[1632]

2.2.3. Consentimiento

Según se ha señalado, y tal como lo estatuye el artículo 1132, primera norma que consagra nuestro Código Civil a las obligaciones de dar, el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien cierto distinto de aquel que el deudor se había

1631 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 447.

1632 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 387. Consultado en: https://lpderecho.pe/dacion-pago-no-configura-prestacion-distinta-originalmente-pactada-resolucion-109-2021-sunarp-tr/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

comprometido a entregar. Este precepto, como se recuerda, responde al principio de identidad en el pago.

Para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, el Código Civil no ha previsto normas similares a las contenidas en el artículo 1132. No hay duda, sin embargo, que dicho principio también es de aplicación a esa clase de obligaciones. De este modo, el acreedor de una prestación de dar, hacer o no hacer no puede ser obligado a recibir en pago la ejecución de una prestación distinta, aunque sea de la misma naturaleza, sin que exista acuerdo previo, sobre el particular, entre deudor y acreedor.

En opinión de Fernández Rodríguez[1633], una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando el pago del objeto debido: el acreedor puede obligar al deudor a realizar la prestación debida, acudiendo en su caso a la ejecución forzosa; el deudor puede imponer al acreedor el pago, empleando —si fuere preciso— el expediente de la consignación judicial de lo que se debe.

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

Serrano[1634], a su turno, expresa que la dación en pago es un contrato formado por la declaración de voluntad del acreedor que acepta recibir una prestación diversa de la pactada inicialmente, y por la declaración de voluntad del deudor que manifiesta su deseo de cumplir realizando una prestación diversa de la inicial.

Llambías[1635] agrega que sin ese acuerdo de voluntades no podría imponerse al acreedor la recepción de un objeto distinto al debido, como tampoco puede el acreedor compeler al deudor, a falta de ese acuerdo, a que le entregue algo que está al margen de su legítima expectativa.

1633 Fernández Rodríguez, Carlos. «Naturaleza jurídica de la dación en pago». En *Anuario de Derecho Civil*, serie 1, n.º 2. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 784.

1634 Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 430.

1635 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 14.

En palabras de Latour Brotóns[1636], la exigencia del consentimiento se desenvuelve en la dación en pago en dos proposiciones correlativas: el deudor no puede obligar al acreedor a recibir *aliud pro alio*; el acreedor no puede pretender del deudor *aliud pro alio*[1637].

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

La dación en pago, sin duda, es un acto de disposición, porque además del acuerdo para variar el objeto de la prestación, implica el haber pagado o el pagar con la nueva prestación. De ahí que sea necesario, además de la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código Civil, poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada.

Al respecto, Eduardo Serrano[1638] precisa que la capacidad necesaria para realizar la declaración de voluntad que da vida a la dación en pago viene por el carácter de la prestación asumida por el deudor. Por lo tanto, si la prestación asumida por el deudor en vez de la pactada inicialmente consiste en dar o entregar un bien al acreedor, el deudor necesitará capacidad para enajenarlo, pues en tal supuesto la dación supone una transmisión onerosa de dicha cosa y la libre disposición de ésta, y el acreedor deberá tener capacidad para recibir ese bien.

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

Sobre este requisito, la jurisprudencia nacional[1639] ha señalado que: «La *datio in solutum* o dación en pago, exige como elemento indispensable para su confi-

1636 Latour Brotóns, Juan. *Op. cit.*, p. 634.

1637 Debe señalarse que de acuerdo a los principios doctrinarios que inspiran al Código Civil peruano, y para quienes admiten la dación en pago como figura autónoma respecto de la novación objetiva, es requisito fundamental para que se configure *datio in solutum* que entre el acuerdo de sustitución del objeto de pago y su ejecución no medie un lapso considerable. De lo contrario, ese acuerdo sustitutivo del objeto de pago no constituiría ya dación en pago, sino novación.
En efecto, para algunos autores —según hemos señalado con anterioridad— habrá dación en pago sólo cuando en el acto del pago el deudor se presente ante el acreedor con el propósito de cancelar la deuda, pero ejecutando en ese momento una prestación diferente a la debida, y el acreedor, desde luego, acepte tal pago.

1638 Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 430.

1639 Expediente n.° 1858-98-Lima.

guración no sólo el *animus solvendi*, sino también el consentimiento tanto del acreedor como del deudor, éste para entregar y aquél para recibir una prestación distinta de la estipulada»

2.3. Naturaleza jurídica

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

Dice Serrano[1640] que es unánime en la doctrina la afirmación de que el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago es el más controvertido de los que a ella se refieren. Y, en efecto, así lo es. La importancia de la materia trasciende el mero interés doctrinal para incidir, directamente, en el terreno de la práctica, ya que, en última instancia, de la postura que se adopte van a derivarse los efectos que a ésta deban atribuirse.

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

2.3.1. La dación en pago como forma o modalidad de pago

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

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[1641] que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns[1642] señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquellas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

1640 Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 423.

1641 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 282-285.

1642 Latour Brotóns, Juan. *Op. cit.*, p. 631.

De igual manera, Roberto de Ruggiero y Fulvio Maroi —citados por Fernández Rodríguez—[1643] sostienen que la *datio in solutum* no es más que un equivalente de la *solutio* y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a ésta, en general, las reglas, relativas al pago.

Por su parte, Salvat[1644] anota que según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguno.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez[1645], considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquélla la obligación se extingue mediante un contrato que se diferencia del contrato de cumplimiento en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento, sino de equivalente del cumplimiento.

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

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

Al respecto, señala Borda[1646] que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento; pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió, en tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta; el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda[1647] afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

ESTUDIO MUÑIZ CASTILLO FREYRE

1643 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 778.
1644 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 485 y 486.
1645 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 778.
1646 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 623.
1647 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 152.

Lafaille[1648] precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Larenz[1649] que la satisfacción del acreedor puede ocurrir también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta «en lugar del pago». A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

Por su parte, Fernández Rodríguez[1650] anota que «La teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la *datio in solutum* no es pago en sentido técnico, ya que pago en una acepción estricta o técnico-jurídica significa "el cumplimiento efectivo de la prestación convenida", y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el *aliud*)».

De la Vega Vélez[1651] considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe en pago, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una modalidad del pago o una forma particular de pagar.

Precisa Llambías[1652] que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras el pago consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo —dice Llambías—, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero[1653], la dación en pago no se trata de una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad

1648 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 371.
1649 Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 418.
1650 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 779.
1651 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 275 y 276.
1652 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 10 y 11.
1653 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 347.

EDICIÓN MAGISTERIAL - O FICIAL

jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

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

Según anota Fernández Rodríguez[1654], entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica de la dación en pago). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la *datio in solutum* no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi[1655] considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos —incluso los esenciales— pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad[1656].

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales —causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo— es reemplazado por otro. Tal variación constituye, en realidad, una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción.

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

Planiol y Ripert[1657] afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

1654 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, pp. 774 y 775.

1655 Barchi Velaochaga, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago». En *Revista Peruana de Derecho El Jurista*, año 1, n.º 3, Lima, agosto de 1991, p. 108.

1656 Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación; y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (Barchi Velaochaga, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago». *Op. cit.*, p. 123) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

1657 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo vii, p. 589.

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

Con base en las citadas consideraciones, somos de opinión que cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación[1658].

2.3.2. La dación en pago equivale a una compraventa

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

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

Puig Brutau, citado por Boffi Boggero[1659], considera que la dación en pago es una figura similar a la compraventa, ya que el deudor vendería un bien por un precio que estaría signado por el valor de la deuda.

En esa línea, resulta interesante mencionar que, en el caso materia de análisis de la Casación n.º 8614-2017-Cañete, de fecha 4 de octubre de 2018, el recurrente consideró que la dación en pago debía encontrarse en un contrato de compraventa, «*Octavo.*- Asimismo, la recurrente alega que, la figura jurídica de la dación en pago, no se habría configurado porque según los artículos 1265, 1266 y 1529 del Código Civil, para que dicha figura jurídica sea aplicable es necesario que exista un contrato de compraventa el cual debe encontrarse físicamente redactado; además se debe cumplir con los elementos para su configuración, como son: el bien objeto de venta, el acuerdo del vendedor de transferir su propiedad, el acuerdo del comprador en adquirirla, la estipulación del precio y, la forma de pago; y, que en el presente caso no se ha establecido todos estos elementos, especialmente la estipulación del precio; y es más, tampoco existe ningún contrato de compraventa que vincule a las partes; por lo que, en todo caso, se ha convertido en una obligación de dar suma de dinero, por ello resultaría inejecutable la dación en pago. Sobre el particular, si bien los artículos 12651 y 12662 del Código Civil, regulan la institución jurídica de la dación en pago, el cual es un acuerdo que vincula al acreedor y al deudor, que tiene como finalidad extinguir una relación obligacional por medio de una prestación distinta a la original, no obstante, de la norma aludida

1658 En este sentido, el artículo 812 del Código Civil de Vélez Sarsfield prescribe que «[…] las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen».

1659 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 848.

no se deduce que la dación en pago deba estar estipulada en un contrato de compraventa para que sea válida. Por consiguiente, esta puede estar plasmada o no en un documento, primando el acuerdo de voluntades de extinguir la obligación con la cancelación total o parcial por medio de una prestación diferente a la que debía cumplirse. Así, en el caso bajo análisis, tal como lo estableció el Colegiado Superior, operó la figura jurídica de la dación en pago, toda vez que se entregó un bien inmueble, en sustitución a la prestación dineraria que debía efectuar la demandante por concepto de beneficios sociales al acreedor, extinguiéndose de esta manera la obligación. Del mismo modo, se aprecia que existió tanto el consentimiento de la deudora Cooperativa Agraria de Usuarios Herbay Limitada, para entregar el predio rústico, y, del acreedor en recibirlo, tal como consta en el Acta Extraordinaria de Trabajadores Dirigentes de fecha diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno, del cual se puede extraer el párrafo siguiente: "la transferencia de tierras se efectuará en compensación de pago por tiempo de servicios y los reintegros correspondientes que adeuda la cooperativa a sus trabajadores. En la entrega de estas tierras se efectuará en parcelas de una hectárea aproximadamente por la modalidad de sorteo en presencia de un notario público". Asimismo, se verifica que en la lista de beneficiarios consta el nombre del demandado señor Víctor Tadeo Tasayco. En consecuencia, en el presente caso, sí se configura el instituto jurídico de la dación en pago, el cual se encuentra acreditado con el Acta Extraordinaria de trabajadores Dirigentes de fecha diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno, donde se acordó la transferencia de tierras. Es más, tal como lo advirtió la Sala Superior, en la Audiencia Especial llevada a cabo el día doce de abril de dos mil dieciséis, para esclarecer los hechos, el representante legal de la Cooperativa Agraria de Usuarios Herbay Limitada, Pablo Guillermo Casma Chacaltana, admitió que su representada tenía una deuda por concepto de beneficios sociales y otros conceptos, con sus trabajadores, entre ellos, el demandado; es más, aceptó que la operación de transferencia se dio pero que no se consumó por falta de pago de la diferencia entre el precio de la parcela y la deuda laboral. No obstante, admitió que no tenía cómo probar que emplazó al demandado para que cumpla con pagar el saldo. Por lo expuesto, estas causales devienen en infundadas».[1660]

2.3.3. La dación en pago entraña una operación compleja

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

1660 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 387. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/12/Casacion-8614-2017-Canete-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Sostienen Starck, Roland y Boyer[1661] que la dación en pago es una operación compleja que toma prestadas sus reglas al pago, a la novación y a la venta; presentándose, primero, como una variedad de pago, ya que produce un efecto de liberación.

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

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

En opinión de Colin y Capitant, citados por Fernández Rodríguez[1662], la *datio in solutum* es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor) e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable a una compraventa. Sin embargo —señalan Colin y Capitant—, esta figura no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes.

2.3.4. La dación en pago entraña una convención liberatoria

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

Así lo estiman Cazeaux y Trigo Represas[1663], al anotar que la dación en pago importa una convención liberatoria, un acto jurídico bilateral, con finalidad extintiva de la obligación preexistente, con caracteres propios.

En igual sentido, Guillermo A. Borda[1664] afirma que es más simple y exacto hablar de una convención liberatoria de caracteres propios, que no puede ser identificada ni con el pago propiamente dicho ni con la novación.

Para Díez-Picazo y Gullón[1665], la naturaleza jurídica de la dación en pago es la de un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el cual el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere.

1661 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 79.
1662 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 780.
1663 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 285.
1664 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 624.
1665 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, volumen III, p. 256.

EDUARDO OSCILLO FRIAS

2.3.5. La dación en pago es un acto jurídico bilateral

Sostiene Moisset de Espanés[1666] que la dación en pago, empleando la terminología del Código Civil argentino, es un «acto jurídico bilateral», que persigue como único fin jurídico la extinción de la obligación, mediante una prestación distinta de la convenida originariamente.

Es «acto jurídico» —señala Moisset de Espanés—, porque persigue un fin jurídico inmediato; es «bilateral», porque requiere el acuerdo de voluntades de ambas partes involucradas; su «fin jurídico» es exclusivamente extintivo, porque no pretende generar una nueva obligación, sino extinguir la existente.

2.3.6. La dación en pago importa novación

Otro sector de la doctrina, en cambio, sostiene que la *datio in solutum* es un acto que importa novación[1667].

Esta es la tesis a la cual nos adherimos.

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

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

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

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

1666 Moisset de Espanés, Luis. «Dación en pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 641.

1667 El artículo 1277 del Código Civil peruano de 1984 define, en su primer párrafo, el concepto en que se sustenta la novación. Por la novación se sustituye una obligación por otra. Se extingue, por tanto, la obligación primitiva u original como consecuencia del nacimiento de una nueva. Esta institución puede presentarse bajo diversas formas, a saber: novación objetiva y novación subjetiva. Hay novación objetiva cuando el mismo acreedor y deudor sustituyen la primitiva obligación por otra nueva, con prestación distinta o a título diferente. En estos casos se modifica la prestación o el título en virtud del cual se debe. En la nueva obligación aparecen el mismo acreedor y el mismo deudor; no hay, en consecuencia, cambio de sujetos en la nueva relación obligacional —como en el caso de la novación subjetiva—.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Planiol, citado por Manuel Augusto Olaechea[1668], afirma: «El objeto de la obligación es lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad, es lo que permite reconocerla; las personas que intervienen en ella ligadas con el rol de deudores o acreedores, pueden desaparecer y ser reemplazados por otros; la acreencia y la deuda son igualmente cedibles. Pero el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita».

Añade el citado autor que el cambio de objeto importa novación. Si las partes modifican el objeto de la obligación, se entiende que una nueva substituye y extingue a la antigua.

Expresa Salvat[1669] que según una teoría aceptada por la gran mayoría de los autores modernos, la dación en pago encierra una novación por cambio de objeto: las personas obligadas quedan siempre las mismas, pero el objeto cambia y, por consiguiente, la novación existe.

Para Arturo Valencia Zea[1670], cuando hay cambio en la obligación primitiva por sustitución del objeto, puede realizarse un caso de dación en pago o una novación. En el fondo, añade el referido autor, en toda dación en pago se descubre una novación tácita por cambio de objeto, seguido de la ejecución inmediata de la nueva obligación.

De la Vega Vélez[1671] considera que la figura bajo análisis implica una verdadera novación por sustitución del objeto, porque al aceptar el acreedor que se le dé una cosa distinta de la que se le debe, en lo que consiente es en extinguir su crédito primitivo reemplazándolo por otro nuevo, cuyo objeto es la nueva cosa que el deudor ofrece en pago.

En opinión de Boffi Boggero[1672], la *datio in solutum* es una especie de novación. Así, cuando A y B deciden cambiar la prestación debida por otra, han dado fin a una obligación y han concedido vida a la que colocan en el lugar de aquélla.

No obstante lo expuesto, se han formulado argumentos contrarios a esta posición, pretendiéndose que la dación en pago no crea una nueva obligación. A decir verdad, ellos son mayoritarios, lo que no hace que nosotros variemos en un milímetro nuestra posición, que es la de Planiol, Olaechea y Osterling[1673].

1668 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, pp. 194-196.

1669 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo ii, pp. 485.

1670 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo iii, p. 426.

1671 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 275.

1672 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, p. 349.

1673 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este sentido, León Barandiarán[1674] anota que el argumento de que en la dación en pago existe una novación, según lo han sostenido quienes adoptan este temperamento, se basa en que se piensa que se crea una nueva obligación para cumplir con la prestación a la cual ésta respecta, y así automáticamente se deja sin efecto la anterior prestación, al darse —de inmediato— cumplimiento a la nueva prestación que ha venido a surgir con la nueva obligación que ha sido convenida.

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

Al respecto, expresa Palacio Pimentel[1675] que la dación en pago es una figura claramente diferenciada de la novación objetiva. En ésta surge, nace, una nueva obligación; en la dación en pago se extingue la obligación primitiva, sin que surja otra nueva en su reemplazo.

A entender de Ospina Fernández[1676], la dación en pago no es una novación. La novación tiende a un doble objetivo: extinguir una obligación preexistente y crear una nueva; en tanto que en la dación en pago el consentimiento se reduce a extinguir la obligación que se trata de solucionar con la ejecución de la prestación sustitutiva, acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes.

Albaladejo[1677] considera que la dación en pago no constituye novación, porque las partes no persiguen modificar la obligación antigua (o extinguirla y dar vida a otra) cambiando su objeto, sino que —manteniéndola subsistente, tal como era, es decir, con el mismo objeto— persiguen sólo que se cumpla mediante otra prestación.

Moisset de Espanés[1678] sostiene que lo que caracteriza la novación es, precisamente, que la obligación originaria o primitiva se extingue, pero se extingue mediante la creación de otra obligación distinta. En la novación por cambio de objeto, el vínculo jurídico entre acreedor y deudor se modifica, porque es modificada la prestación, pero acreedor y deudor continúan ligados, continúan relacionados o vinculados para el futuro. Así —señala Moisset—, en la dación en pago nada de esto sucede; la obligación se extingue automática y definitivamente. Si al

1674 León Barandiarán, José. «En torno a la novación objetiva». En *Libro homenaje al Doctor Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 5 y 6.

1675 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 566 y 567.

1676 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 421 y 422.

1677 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 146.

1678 Moisset de Espanés, Luis. «Dación en pago». *Op. cit.*, p. 640.

acreedor a quien se le adeuda una suma de dinero, el deudor le entrega un objeto, una cosa que no es dinero y el acreedor la acepta y le otorga recibo de liberación, en ese momento queda extinguida la obligación. Esto significa que no ha surgido ninguna relación nueva. En cambio, si se tratara de una novación, se crearía otra obligación; el deudor que estuviese obligado a pagar una suma de dinero se reuniría con el acreedor y ambos convendrían que en el futuro en lugar de esa suma de dinero el deudor le haría entrega de una cosa. La obligación que era de dar una suma de dinero quedaría transformada en otra, que queda pendiente para el futuro, que vendría a consistir en la entrega de una cosa cierta, o en la obligación de dar una cosa incierta no fungible. Eso es novación y no dación en pago.

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

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

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

A nuestro modo de ver, y tal como ya lo hemos manifestado, el hecho de que la segunda obligación se extinga inmediatamente después de creada o que subsista por algún tiempo, carece de relevancia en lo que a la naturaleza y características de esta institución se refiere[1679].

1679 Es claro que entre el nuevo acuerdo o el pago tiene que mediar al menos un instante, el que transcurre entre el consentimiento y el pago. La simultaneidad es filosóficamente imposible. Y además, reiteramos nuestra pregunta: ¿cuánto debe tardar ese lapso? ¿Un minuto, una hora?
En tal sentido, podríamos preguntarnos si estaríamos ante un supuesto de dación en pago o uno de novación objetiva en el caso de que un acreedor acuerde con su deudor, por teléfono, que el pago que va a efectuar el deudor ya no se va a ejecutar con el objeto A sino con el objeto B. Si luego del acuerdo el deudor tarda más de una hora en llegar en su automóvil al domicilio del acreedor, ¿estaremos ante una dación en pago o ante una novación objetiva?
Y también podríamos preguntarnos qué ocurriría si dicho acuerdo telefónico se adoptara entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en el Cusco, y el deudor viaja al Cusco para pagar con el nuevo objeto, tardando el pago varias horas desde el momento del acuerdo.
O, abundando en los ejemplos, preguntamos qué sucedería si el mismo acuerdo se adopta entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en Melbourne, Australia, demorando más de un día el viaje entre una ciudad y otra, teniendo en cuenta las conexiones de los vuelos a realizar y las grandes distancias a recorrer.
Estimamos absurdo analizar si la demora en el pago nos ubica ante una novación objetiva o una dación en pago. Consideramos ilógico, lo repetimos, aplicar en este caso al Derecho fórmulas matemáticas.
Adicionalmente, podríamos plantearnos, para considerar lo pernicioso del criterio que combatimos, el tema de la teoría del riesgo. Lo hacemos con un ejemplo.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

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

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

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

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

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

El señor Pérez se dirige a pagar lo que debe al señor Castro: se trata de un televisor usado marca Sony de 17 pulgadas (bien cierto). Pero no va con el mencionado artefacto, sino con uno de marca Hitachi, también usado, de 23 pulgadas (otro bien cierto).
El señor Pérez deja el televisor en su automóvil, estacionado a unos 60 metros del domicilio de su acreedor, el señor Castro. En la puerta, conversando el deudor con el acreedor, le plantea entregarle no el televisor Sony, sino el Hitachi. El acreedor acepta.
El deudor se dirige a su automóvil a recoger el televisor Hitachi, dándose con la ingrata sorpresa de que su vehículo ha sufrido la manipulación de una puerta y que unos ladrones han robado dicho televisor.
La pregunta que podríamos formularnos es si el deudor debía el televisor Sony, caso en el cual el robo del Hitachi sería indiferente, debiendo ir por el Sony y entregarlo al acreedor; o si, por el contrario, ya se encontraba obligado a entregar el Hitachi, caso en el cual, por el robo del mismo, hecho que determina su pérdida (artículo 1137, inciso 2, del Código Civil peruano), ya no estaba obligado a cumplir esa prestación, pues la pérdida se habría producido sin culpa de las partes (artículo 1138, inciso 5).
Por nuestra parte, consideramos que, obviamente, el deudor, luego de haber llegado al mencionado acuerdo con su acreedor, ya no estaba obligado a entregar el televisor Sony, sino el Hitachi. Por esta razón, simplemente ya nada debería, pues la obligación se habría extinguido y, aplicando el principio *periculum est debitoris* (artículo 1138, inciso 5, del Código Civil peruano), su acreedor también se vería liberado de pagarle la contraprestación eventualmente convenida.
Ahora bien, imaginemos un supuesto distinto: que el deudor, luego de haber acordado con su acreedor el cambio de un televisor por otro, decide, dolosamente, no entregarlo.
La pregunta que podríamos plantearnos es si el acreedor estaría en aptitud de demandar la ejecución forzosa para que se le entregue el televisor Sony o el Hitachi. Creemos —sin temor a equivocarnos— que el único artefacto que podría exigir sería el televisor Hitachi, y ya no el Sony, pues este último, simplemente, se había dejado de deber.
Los supuestos mencionados nos conducen, ineludiblemente, a afirmar que la dación en pago es una figura carente de autonomía conceptual. Se trata, en suma, de uno de los tantos supuestos pasibles de estar comprendidos dentro de la novación objetiva.
Resulta evidente, en tal sentido, que las consecuencias que se derivan de una dación en pago son aquellas que nacen de la nueva obligación, fruto de la novación producida respecto de la obligación originaria. En razón de estos argumentos es que entendemos que las consecuencias de un pacto de dación en pago son las mismas que las de una novación objetiva.

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

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

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

Y, por último, también debemos tener en cuenta lo expresado por Greco, quien es citado por Cazeaux y Trigo Represas[1680] cuando afirma —en criterio que compartimos— que no es la sola intención de las partes, desprendida del ordenamiento, la que debe tenerse en cuenta para resolver la esencia jurídica de una figura determinada.

Como ha sido señalado por nosotros, el Código Civil peruano legisla de manera independiente y separada la novación y la dación en pago[1681].

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

Aclaramos, sin embargo, que no nos referimos a todas las clases o supuestos de novación, ya que no todos ellos, por más esfuerzos dialécticos que se efectúen, son susceptibles de compararse con la dación en pago.

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1680 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 285.

1681 La novación es regulada en el Título III de la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil peruano de 1984, artículos 1277 a 1287.

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

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

2.3.6.1. Supuestas diferencias existentes entre la dación en pago y la novación objetiva

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

2.3.6.1.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1265 del Código Civil, la dación en pago no implicaría, necesariamente, una alteración de la relación obligatoria, en la medida en que sólo se hace alusión a la posibilidad de efectuar el pago cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

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

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

2.3.6.1.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.6.1.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente

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

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

2.3.6.1.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios

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

Por nuestra parte diremos que, en general, no produce novación cualquier cambio accesorio en la obligación.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En ese orden de ideas, existe una posición doctrinaria[1682] que señala que con la dación en pago no se estaría extinguiendo una relación obligatoria, sino procediendo a su modificación o regulación. Justamente, respecto a este punto debemos señalar que es cierto que los contratos pueden tener esas cuatro funciones y, en tal sentido, la dación en pago, dentro del régimen legal del Código Civil peruano, resultaría ser un convenio con una finalidad modificatoria.

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

La dación en pago tiene como característica fundamental la variación del objeto debido, es decir, se trata de un pacto para alterar —de mutuo acuerdo— el principio de identidad en el pago. Pero es obvio que la dación en pago exige una diferencia sustancial o apreciable entre el objeto inicialmente pactado y aquel con el que se acuerda proceder a pagar, pues de lo contrario, vale decir, si el cambio fuese irrelevante, entonces nos encontraríamos ante el pago de lo

1682 Barchi Velaochaga, Luciano. «¿Es el Derecho de Obligaciones un Derecho neutral? Pautas para un Proyecto de Ley de Enmiendas al Libro VI del Código Civil». En Universidad de Lima. *Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas. Congreso Internacional*, Lima, 1995, tomo II, pp. 62-64.

mismo, sólo que tal vez con alguna modalidad especial, en cantidad mayor o menor, en plazo distinto, o, en general, con cualquier variación que no sea fundamental como para considerar que estamos ante una dación en pago y no ante el pago de lo mismo.

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

Dentro de tal orden de ideas, podríamos señalar que tanto para la dación en pago como para la novación objetiva, ningún cambio accesorio en la prestación a pagar da origen a alguna de las dos figuras mencionadas.

2.3.6.1.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros

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

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

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

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

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

Este precepto, propio de la novación, también resultaría aplicable al caso de la dación en pago, en la medida en que dentro de esta figura se produce la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Sin embargo, cabría preguntarse

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

si resultaría posible que se diera el caso de que se celebre una dación en pago, pero las partes acuerden en esta dación en pago que se pagará con una prestación distinta a la debida, sujetando este hecho a la eventualidad de una condición o al advenimiento de un plazo.

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

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

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

En lo que respecta a este párrafo, lo cuestionamos seriamente por considerar que la norma carece de sentido y que los principios que deberían aplicarse son exactamente los contrarios.

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

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

De acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1285 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

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

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

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.6.1.10. Sobre la nulidad de la obligación original

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

2.3.6.1.11. Sobre el carácter anulable de la obligación original

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

En el caso de la dación en pago, si estuviésemos frente a una obligación anulable, ésta sería una obligación con validez actual e invalidez pendiente, la que podría llegar o no a verificarse en algún momento. De acuerdo a esta consideración, mientras una obligación anulable no se anule, es válida y en tal sentido no habría razón alguna para proscribir la posibilidad de celebración de una dación en pago.

2.3.6.1.12. Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva

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

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

2.4. Efectos de la dación en pago

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

2.4.1. Sobre las garantías de la obligación

Por considerar que la dación en pago es un supuesto de novación objetiva, en nuestra opinión, la extinción definitiva y absoluta de la obligación originaria y de las garantías reales o personales que sobre ésta se hubiesen constituido son consecuencia de esta institución[1683].

1683 Al respecto, refiere Eduardo Serrano (Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 418) que en el Derecho romano los sabinianos reconocían a la *datio in solutum* una eficacia extintiva de la

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

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

2.4.2. Sobre las obligaciones de saneamiento

Planiol y Ripert[1684] anotan que la naturaleza jurídica de la dación en pago sólo tiene real importancia en el tema de la evicción del acreedor. Si se trata de una simple modalidad del pago, se dice que el acreedor vencido en la evicción no fue pagado y que, por lo tanto, su acción subsiste con todas sus garantías accesorias; si hubo novación, la acción primitiva quedó extinguida definitivamente y el acreedor no podrá ejercitar sino la acción derivada de su nuevo crédito; si se produjo una venta, podrá ejercitar el recurso de garantía correspondiente a todo comprador.

Según Albaladejo[1685], se discute en doctrina cuáles son los derechos del acreedor que recibe una cosa en pago, si ésta tiene vicios ocultos o se pierde por evicción, y la solución depende de la naturaleza que se atribuya a la dación en pago. Pero, en general —conforme señala el citado profesor—, se puede decir que prevalece la opinión de considerar obligado al que dio en pago el saneamiento (por evicción o por vicios ocultos) de la cosa dada, bien por estimar que la dación en pago es una venta, aplicándosele, entonces, las reglas de ésta, y, entre ellas, las relativas al saneamiento de lo vendido, bien por estimar que aunque no lo sea, es, al menos, un contrato oneroso (pues se encamina al cambio de la prestación antigua por la nueva) al que, en principio, son aplicables las normas de la compraventa referentes al saneamiento. En su opinión hay que descartar esa tesis y, partiendo de que la obligación se extingue por la dación en pago —y, en principio, no renace después— el acreedor sufre evicción de lo que le fue dado en pago[1686].

---

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

1684 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VII, p. 589.

1685 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 146.

1686 Sobre el particular, Eduardo Serrano (Serrano Alonso, Eduardo. *Op. cit.*, p. 418) considera que otro aspecto muy discutido en la doctrina romanista, y que se plantea en los mismos términos en el Derecho moderno, es el de la solución que deba seguirse en el caso de evicción de la cosa dada en lugar de la prestación originaria, pues los textos romanos son frecuentemente contradictorios. Serrano señala que la misma doble solución se encontraría en dos textos de Paulo. Así, en el D.46.3.98 parece inclinarse en el caso de evicción de la cosa dada en dación por el resurgir de la obligación originaria, mientras que en otro texto, D.41.3.4.17, y equiparando la *datio in solutum* con la compraventa, parece inclinarse a favor de conceder al acreedor una *utilis actio ex empto*.

Manuel Augusto Olaechea[1687] expresa que el partido que se tome es indiferente desde el punto de vista práctico. Implicando la adjudicación en pago una novación seguida de ejecución inmediata, todo se ha concluido entre las partes; pero el interés aparece si se supone que el acreedor es perturbado en la posesión de la cosa que recibió en pago. En esta hipótesis, las opiniones se separan: conforme a la opinión tradicional debe admitirse que el acreedor eviccionado no fue efectivamente pagado y, por consiguiente, mantiene su acción primitiva que revive con todas sus garantías y accesorios; según la teoría moderna, se decide que la primitiva acción quedó extinguida por la novación operada y que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado como comprador por la evicción que ha sufrido.

Según la tesis que sostenemos, la primitiva acción queda extinguida por haber operado novación, de suerte que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado por la evicción que ha sufrido.

En este sentido, Valencia Zea[1688] señala que la dación en pago exige los mismos requisitos del cumplimiento normal y tiene iguales efectos que el pago; el crédito se extingue sin consideración a si el objeto entregado corresponde o no al valor primitivo.

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

Con relación a los efectos de la dación en pago para el Derecho alemán, Enneccerus, Kipp y Wolff[1689] sostienen que si el objeto prestado le es eviccionado por un tercero al acreedor, éste no puede invocar su antiguo crédito, pues lo ha extinguido definitivamente a cambio del objeto dado en pago; tiene los mismos derechos que corresponden al comprador en el caso de evicción del objeto de la compraventa y, por lo tanto, puede exigir indemnización, o si el deudor se halla en mora con respecto a la transmisión del derecho, fijar un plazo prudencial (declarando que rechaza el cumplimiento posterior) y, una vez transcurrido este plazo, exigir indemnización por incumplimiento o resolver el contrato.

Se trata de dos soluciones opuestas entre sí, pues por un lado afirma que la evicción de todo o parte de un fundo determina el resurgir de la relación originaria; y por otro, en el mismo texto, y para el caso en que sea dado un fundo valorado por efecto del dolo en cantidad superior a su valor real, la dación se estima válida pero el deudor queda liberado con el pago del equivalente del valor de la prestación.

1687 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, p. 28.

1688 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo iii, p. 424.

1689 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo ii, volumen i, pp. 320 y 321.

Recuerda Borda[1690], por su parte, que en opinión de Vélez Sarsfield, si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado como comprador, mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

2.4.3. Sobre la teoría del riesgo

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

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

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

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

2.4.4. Sobre el reconocimiento de las obligaciones

Con relación al tema del reconocimiento de las obligaciones, debemos señalar que si se presentase un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación luego de haberse celebrado un convenio de dación en pago, dicho reconocimiento podría recaer única y exclusivamente en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, y no de la anterior obligación ya extinguida.

2.4.5. Sobre la cesión de derechos

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

1690 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 623 y 624.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.6. Sobre los efectos generales de las obligaciones

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

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

2.4.7. Sobre el pago en general

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

2.4.8. Sobre el pago de intereses

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

2.4.9. Sobre el pago por consignación

Si celebrado el acuerdo de dación en pago el acreedor se negase a recibir el pago o, por alguna circunstancia distinta, se encontrara en la imposibilidad de recibirlo, el deudor tendrá el derecho de consignar la prestación debida, que, obviamente, sería aquélla fruto del acuerdo de dación en pago.

2.4.10. Sobre la imputación del pago

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

2.4.11. Sobre el pago con subrogación

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

2.4.12. Sobre el pago indebido

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.13. Sobre la novación

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

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

Pero esto no constituye obstáculo para que, luego de producida la dación en pago, se pueda volver a celebrar un nuevo acuerdo de dación en pago o novatorio (lo que en buena cuenta significa lo mismo) respecto de la nueva obligación.

2.4.14. Sobre la compensación

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

2.4.15. Sobre la condonación

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

2.4.16. Sobre la consolidación

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

2.4.17. Sobre la transacción

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

2.4.18. Sobre el mutuo disenso

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.19. Sobre las disposiciones generales de inejecución de obligaciones

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

2.4.20. Sobre la mora

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

2.4.21. Sobre la cláusula penal

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

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

En tal sentido, si quisiera mantenerse la estipulación de cláusula penal en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, tendría que convenirse, coetánea o posteriormente a dicho acuerdo, una nueva penalidad.

2.5. Consideraciones finales

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

Antes de concluir estos comentarios, estimamos conveniente establecer que esta figura no debe confundirse con las obligaciones alternativas o facultativas. Así lo previene claramente Raymundo M. Salvat[1691] cuando señala que:

1691 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 484 y 485.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Entre las obligaciones alternativas y el pago por entrega de bienes, existe la siguiente diferencia: en las primeras, cualquiera sea la prestación elegida por el deudor para el cumplimiento de la obligación, esa prestación era debida desde el origen de ésta y, por consiguiente, no habría habido sustitución de una por otra. En el pago por entrega de bienes, la sustitución existe.
>
> Además, en el pago por entrega de bienes se necesita acuerdo de voluntades, mientras que en la obligación alternativa la elección de la prestación que se cumple es un acto exclusivo del deudor o del acreedor, según sea a quien corresponda el derecho de elección. [...]
>
> Entre las obligaciones facultativas y el pago por entrega de bienes, hay un punto de semejanza: que en ambos casos hay sustitución de una prestación por otra. Pero existen las siguientes diferencias: en la obligación facultativa, la sustitución es obligatoria para el acreedor, y el deudor tiene el derecho de hacerla; en el pago por entrega de bienes, la sustitución es voluntaria para el acreedor y el deudor no puede imponérsela; en la obligación facultativa la sustitución tiene su origen en el título mismo de la obligación; en el pago por entrega de bienes, por el contrario, la sustitución tiene su origen en una convención posterior al nacimiento de la obligación e independiente de ella.

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

De allí que la dación en pago pretende asimilarse, en algunas ocasiones, a las obligaciones facultativas. Esta concepción, sin embargo, es errónea, ya que en la dación en pago acreedor y deudor no convienen, al tiempo del nacimiento de la obligación, en otorgar al deudor facultad de sustitución en el objeto de pago.

En este sentido, Barchi[1692] anota que en las relaciones obligatorias con facultad de sustitución se concede al deudor la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación «sustitutoria» —denominada por nuestro Código Civil prestación «accesoria»—, previamente establecida, distinta a la prestación «debida».

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

1692 Barchi Velaochaga, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago». *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

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

Sobre este punto, resulta importante recordar lo señalado por la jurisprudencia nacional cuando sostiene que: «En el presente caso, el demandado ha entregado dos letras de cambio en calidad de garantía y no en pago de la obligación, por lo que no puede decirse que ha operado una dación en pago»[1693].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1693 Expediente n.º 11445-97, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima.

APARENTE SUPUESTO EN QUE LA DACIÓN EN PAGO SE REGULA POR LAS NORMAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

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

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1266

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

El Código Civil de 1852 se ocupaba de la materia en su artículo 1482: «Está sujeta a retracto la venta que se hace de una cosa a título de adjudicación en pago»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 2930: «Cuando se determina el precio por el cual el acreedor recibe en pago un bien corporal, como frutos o cualquiera otra cosa, sus relaciones con el deudor están sujetas a las reglas de la compraventa»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 246: «Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 235: «Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1266: «Si se determinase la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa»; en tanto que el Código Civil de 1936 trataba el tema en el artículo 1276: «Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordó el tema en su artículo 127: «Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, no legislaba sobre el particular, al igual que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981.

FONDO EDITORIAL STUDIO FRÍAS

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

2. Análisis

El artículo 1266 del Código Civil peruano de 1984 regula el supuesto en el cual las normas del contrato de compraventa se aplican a la dación en pago.

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

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

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la norma bajo comentario[1694].

Es en las doctrinas francesa y española que la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodríguez[1695], precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

Troplong[1696], por su parte, expresa que si ocurriese en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero y/o diese en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. *Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem.*

1694 En este sentido, el Código Civil paraguayo de 1987, en el artículo 601, establece que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regularán por las normas del contrato de compraventa.
A su turno, el segundo párrafo del artículo 1491 del Código Civil uruguayo dispone lo siguiente: «Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa».
Asimismo, el antiguo Código Civil brasileño de 1916 (artículo 996) prescribía que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compraventa.
De otro lado, señalaremos que de la legislación extranjera consultada, sólo un Código Civil, el nicaragüense de 1903, hace referencia al tema en el título que regula el contrato de compraventa. Dicho Código prevé en su artículo 2532 lo siguiente: «Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago».

1695 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 757.

1696 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo I, p. 191.

Según se ha dicho, en los contratos no se mira sino el comienzo. En este sentido, anota Pothier[1697] que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez[1698], afirma que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset[1699], existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da *in solutum*, como dación en pago.

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

Bekker, citado por Fernández Rodríguez[1700], considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa donde quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasicomprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[1701] refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensación la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquélla a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor[1702].

Starck, Roland y Boyer[1703] precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

1697 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, primera parte, p. 20.

1698 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 758.

1699 Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa.* Barcelona: Librería Bosch, 1979, tomo I, p. 235.

1700 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 759.

1701 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 283 y 284.

1702 Recuerda Manuel Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 143) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.

1703 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 80.

ESTUDIO PARA USO EXCLUSIVO FREEVE

Anota Antonio de la Vega Vélez[1704] que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

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

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

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez[1705], objeta la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario —afirma Blumenthal—, la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cual sea el objeto a que se refiere el *aliud*. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un *dare* o un *facere* y se realiza *in solutum* un *factum*, habrá tenido lugar un contrato innominado *facio ut facias*.

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

En este sentido, Díez-Picazo y Gullón[1706] señalan que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un *facere*, o el acreedor tuviese derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Díez-Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente.

1704 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 1978.

1705 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 761.

1706 Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Op. cit.*, volumen III, p. 255.

Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues éstas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

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

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación cuando aparezcan semejanzas a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

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

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

En opinión de Héctor Lafaille[1707]:

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

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

1707 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 71.

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

Sobre el particular, Fernández Rodríguez[1708] precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa es principalmente aplicar a aquélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante ello, algunos autores olvidan que el saneamiento por evicción es aplicable no sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

Antes de concluir nuestra evaluación sobre estos aspectos de la dación en pago, precisamos señalar que existen dos normas complementarias en el Código Civil peruano en las que se hace referencia a este medio extintivo de obligaciones: los artículos 1369 y 1593.

El artículo 1369 está ubicado dentro del Título I, Disposiciones Generales de los Contratos en General, y su texto es el siguiente: «No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago».

Sobre este precepto, compartimos plenamente la extrañeza expresada por Manuel de la Puente y Lavalle[1709] cuando señala que no resulta clara la redacción de este artículo, pues hace referencia al derecho de copropiedad o a la dación en pago, sin precisar que los abogados y los albaceas sean copropietarios de los bienes materia del juicio y de la administración o reciban dichos bienes en pago de créditos suyos.

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

En opinión nuestra, no existe argumento alguno que sustente la inclusión del artículo 1369 del Código Civil, como un supuesto de excepción a las prohibiciones establecidas de manera general en relación con la adquisición de derechos

1708 Fernández Rodríguez, Carlos. *Op. cit.*, p. 760.

1709 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general.* 2.ª edición. Lima: Palestra Editores, 2008, tomo I, p. 548.

reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta, por el artículo 1366[1710].

La otra norma del Código Civil en la que se hace referencia a la dación en pago es el artículo 1593, ubicado dentro del capítulo relativo al derecho de retracto, en el título del contrato de compraventa. El texto del citado precepto es el siguiente: «El derecho de retracto también procede en la dación en pago».

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

Por lo demás, esa norma resulta insuficiente, ya que los efectos que se desean evitar podrían lograrlos las partes recurriendo a otros medios extintivos de las obligaciones como, por ejemplo, la novación objetiva (uno de cuyos supuestos es la dación en pago) o la transacción, sólo por citar dos formas ante las cuales el artículo 1593 del Código Civil resulta palmariamente incompleto[1711].

1710 El texto del mencionado artículo 1366 es el siguiente:
Artículo 1366.- No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:
1.- El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.
2.- Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.
3.- Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.
4.- Los Magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones.
5.- Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.
6.- Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.
7.- Los albaceas, los bienes que administran.
8.- Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.
9.- Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.

1711 A mayor abundamiento sobre el particular, ver las obras de uno de los autores de este *Tratado*, Mario Castillo Freyre, tituladas *Tratado de la venta* (Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra Editores y Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, tomo II, pp. 959 y ss.) y *Tratado de los contratos típicos* (Castillo Freyre, Mario. *Op. cit.*, tomo I, pp. 798-805).

Finalmente, cabe recordar, sobre este punto, que la jurisprudencia nacional ha señalado que: «Son de aplicación a la dación en pago las normas que regulan el contrato de compraventa»[1712].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1712 Casación n.º 1708-98-Lima. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de enero de 1999.

Capítulo séptimo
Pago indebido

Concepto y consideraciones generales

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

1. Fuentes nacionales del artículo 1267

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

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

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba la materia en un artículo sin numerar: «El que por un error, de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

Reformadora de 1926 la abordaba en el artículo primero del Título X de la Sección Tercera De los efectos de las obligaciones»: «El que por error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió». El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 disponía en su artículo 1269: «El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1280: «El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió».

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

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

2. Análisis

2.1. Concepto

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

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

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A entender de Eugène Petit[1713], cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que el que ha recibido el pago no se enriquezca a su costa y que esté obligado a devolver lo que le ha sido pagado.

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

Por ello, Cazeaux y Trigo Represas[1714] conciben el pago indebido como aquél que no habilita al *accipiens* para retener lo percibido, sino que, por el contrario, faculta al *solvens* para promover una acción de repetición destinada a la restitución de lo dado en pago.

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

Anota Eugène Petit[1715] que esta obligación era sancionada por la *condictio indebiti*. Las *condictios* eran instrumentos jurídicos con caracteres propios, que permitían la restitución de aquellos bienes o sumas de dinero que hubiesen sido transmitidos al patrimonio de una persona mediante una causa ilegal o inexistente. El origen histórico de las *condictios* es de antigua data. Entre los años 510 y 605 a.C. de Roma, las leyes Silia y Calpurnia crearon la *condictio certa pecunia* y *certa res*, las que posibilitaron la restitución de ciertas sumas de dinero o bienes retenidos sin derecho.

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

Así, para la repetición de una suma de dinero o de una cosa recibida en virtud de un pago indebido, se podía accionar una *condictio indebiti*. En caso de robo o hurto, se planteaba una *condictio furtiva*, siempre que la acción de reivindicación no pudiese invocarse. Para la restitución de prestaciones realizadas sobre la base de una causa inmoral o ilícita, se empleaba la *condictio ob turpem vel injustam causa*. En tanto que si se pretendía repetir una prestación ejecutada con miras a un fin lícito y moral, se podía invocar la *condictio ob causa datorum o causa data causa non secuta*[1716].

1713 Petit, Eugène. *Tratado elemental de Derecho romano*. México: Editorial Nacional, 1951, p. 451.

1714 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 512.

1715 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 451.

1716 Sobre el tema, expresa Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 369 y 370) que la *condictio* en el Derecho romano era una acción personal y de derecho estricto, cuya peculiaridad consistía en no indicar la causa por la cual era promovida. No obstante, refiere el citado autor, que «[…] aparecieron en épocas diferentes: la *"condictio indebiti"* que se concedía a quien por error había hecho un pago indebido, para que él obtuviera la restitución de lo pagado; la *"condictio causa data causa non secuta"* de Justiniano, que se daba en caso de un enriquecimiento resultante de una prestación hecha en vista de una causa futura

En torno a la acción que nace del pago indebido, Arangio Ruiz[1717] señala que el Derecho romano concedía al *solvens* una acción típica llamada *condictio*, que en aplicación particular a la *solutio indebiti* toma el nombre de *condictio indebiti*, a fin de permitirle recobrar una suma de dinero u otra cosa que hubiese entregado por error.

La *condictio indebiti*, expresa Saúl Saavedra Lozano[1718], permitía en el Derecho romano repetir lo pagado indebidamente, siempre que no pudiese interponerse una acción con semejante finalidad. Añade el citado autor que si las leyes no previeran un mecanismo a través del cual se recuperase lo pagado por error, incurrirían en una omisión contraria a la equidad.

Abrazando la institución romana de la *solutio indebiti*, la ley civil peruana otorga a quien por error paga lo que no debe la potestad de exigir la restitución de lo pagado, conforme a lo previsto por el artículo 1267 del Código Civil. Como sabemos, principio similar informó a nuestra legislación anterior[1719].

No obstante, la técnica legislativa adoptada fue distinta. En efecto, la legislación previa a 1936 consideró al pago indebido como un *quasi ex contractu*[1720]. Al admitir como causa fuente de las obligaciones al cuasicontrato, el Código Civil de 1852 reguló el pago indebido bajo el rubro «De los cuasi contratos», en el Título I de la Sección VII del Libro III.

En la legislación universal, algunos Códigos rigen el tema como un cuasicontrato. Es el caso del Código Civil francés y aquellos cuerpos legales que han seguido sus lineamientos —entre ellos los códigos civiles italiano de 1865, chileno, español, uruguayo y boliviano—.

honesta que no se ha realizado, como un contrato a celebrarse, o un préstamo en vista del cual se ha remitido un documento, o un matrimonio que condiciona una dote dada desde ya; la *"condictio ob turpem vel injustam causa"*, que abarcaba en el derecho justinianeo dos casos distintos de *"condictio"*; y la *"condictio sine causa"* que se otorgaba en un cierto número de situaciones en que el enriquecimiento era sin causa desde el principio, o bien en un segundo momento, pero siempre en casos preestablecidos».

1717 Arangio Ruíz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952, p. 402.

1718 Saavedra Lozano, Saúl. *Derecho romano*. Bogotá: Editorial del Centro, 1942, tomo II, p. 396.

1719 El Código Civil de 1852 estatuía en el artículo 2119: «El que ha pagado alguna cosa por error de haberse creído deudor de ella, tiene derecho a recobrarla del que la recibió indebidamente [...]». El artículo 1280 del Código Civil de 1936, a su turno, prescribía: «El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió».

1720 Cabe recordar que los romanistas construyeron la categoría del cuasi contrato para reunir bajo esta denominación actos y hechos que sólo tenían en común el carácter de no ser contratos y de los cuales el ordenamiento jurídico hacía derivar obligaciones, tales como la tutela, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, el pago indebido, entre otros.

No obstante, abolido el concepto tradicional del cuasicontrato en el Código Civil de 1936, el pago indebido fue incorporado al título del pago, por considerarse que existía entre ambas instituciones cierta afinidad[1721].

El Código Civil vigente también legisla el pago indebido dentro del título del pago. Pareciera que un nexo de lógica analogía vincula al pago propiamente dicho con el tema de la *solutio indebiti*.

Sobre el particular, Moisset de Espanés[1722] anota: «La ubicación del "pago indebido" dentro del título genérico del pago en el Código Civil peruano de 1984 proviene del método adoptado ya en el Código de 1936, que suprimió la categoría de los cuasicontratos. En la exposición de motivos del mencionado cuerpo legal se expresaba: "El pago indebido lo incorporamos al finalizar la materia del pago normal por una razón de manifiesta afinidad entre ambos y por haber abolido el proyecto la irrazonable categoría de los cuasi contratos"».

Raúl Ferrero Costa[1723] señala que si bien el «pago de lo no debido», cual verdadera fuente de obligaciones, encuentra su *ratio* en la reacción del ordenamiento frente al desplazamiento patrimonial que carezca de causa, dadas sus peculiaridades merece un tratamiento autónomo, como lo hace nuestro Código Civil. Sin embargo, es cuestionable la ubicación sistemática del instituto en el título referente al pago del Libro de Obligaciones, por lo que sería deseable su traslado al Libro de las Fuentes de las Obligaciones, como una nueva sección autónoma, luego de la «gestión de negocios» y antes del «enriquecimiento sin causa», tal como en el Código Civil italiano de 1942.

Según otra opinión, la técnica legislativa adoptada por el Código Civil de 1984 no sería la apropiada, toda vez que el pago indebido no constituye verdaderamente un pago. Pago, se afirma, es la ejecución íntegra de la prestación debida. Luego, si lo que se ejecuta no es debido, realmente no se configura un pago. En consecuencia, si no puede hablarse de pago sin que exista deuda, el pago indebido no supone un verdadero pago.

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

1721 En la ley extranjera, los códigos civiles argentino de 1871 y brasileño de 1916 regulaban el tema del pago indebido dentro del título del pago.
Al respecto, Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, p. 371) señala que dicho tratamiento legislativo es defendible porque se está indiscutiblemente frente a un acto que es subjetivamente un pago. Agrega que no parece impropio dedicar dentro de las reglas del pago un capítulo a su patología, como es el pago indebido, entendido en la latitud de esa figura.

1722 Moisset de Espanés, Luis. «Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época. n.º 23. Lima, 1992, p. 55.

1723 Ferrero Costa, Raúl. «Pago indebido». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 647.

En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas[1724] afirman que el pago es el efecto fundamental de las obligaciones. El pago importa la realización del fin en miras del cual se constituyó la obligación. La obligación —precisan estos autores— se contrae considerando el pago, y con él se realiza plenamente, luego se extingue y deja de producir efectos.

Estos efectos son —a entender de Martínez Alfaro—[1725] los siguientes: ejecución de la prestación, extinción de la obligación, satisfacción del interés del acreedor y liberación del deudor.

Así las cosas, el pago indebido, lejos de ser un efecto de las obligaciones, constituiría causa eficiente de éstas. Por ello, el pago indebido es —en primer término— causa fuente de la obligación de restituir lo indebidamente pagado y, según se verá más adelante, causa fuente de diversas obligaciones.

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

Moisset de Espanés[1726] se ocupa de este tema al señalar que el pago indebido actúa como fuente de una obligación y tiene como fundamento el enriquecimiento sin causa.

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

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

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

1724 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 105.

1725 Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. México D. F.: Porrúa, 1993, p. 182.

1726 Moisset de Espanés, Luis. «Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina». *Op. cit.*, p. 56.

un alejamiento considerable y calificado de los cánones normales del pago, lo que explicaría su ubicación dentro del Libro de las Obligaciones.

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

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

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

La segunda de las exigencias del pago consiste en que la prestación se efectúe con *animus solvendi*. El *animus solvendi* no es otra cosa que la voluntad del deudor para pagar, es decir, que cuando paga es consciente de lo que está haciendo y que desea hacer lo que está haciendo (pagar).

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

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

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

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

También resulta evidente que el alejamiento del principio de identidad en la ejecución de una obligación podría llevarnos, si se cumpliesen los demás requisitos de esta figura, al tema del pago indebido, de tal manera que estaríamos en

ISIDORO MANUEL CASTRO PEYRE

presencia de una deformación del pago, tal como éste debe ser, lo que nos conduciría a pensar que a través de esta derivación el pago indebido se configura como un pago patológico, un pago que no reúne los requisitos del pago en estricto como medio extintivo de obligaciones.

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

En estos supuestos, resulta evidente que se estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, en la medida en que el deudor pague con prestaciones distintas o inferiores a las debidas.

Estimamos necesario recordar que el principio de integridad en el pago trae como correlato legislativo lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, norma que establece que: «No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.— Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda».

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

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

Si el tema del pago reviste dos caras, una es aquella perfecta, que reúne todos los requisitos de idoneidad; pero ese rostro puede irse transformando, perdiendo alguno, algunos o todos aquellos atributos que lo hacían perfecto, de manera que mientras menos requisitos concurran en él, más se deformará[1727].

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

1727 En opinión de Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 304 y 305), el pago puede efectuarse de manera normal y anormal. Son formas normales del pago: el pago puro y simple, por consignación, con efecto subrogatorio y por entrega de bienes.
El pago de lo que no se debe o de aquello a que no está obligado el deudor es una forma anormal del pago.

2.2. Requisitos del pago indebido

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

2.2.1. El pago no debe ser debido

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

A decir de Eugène Petit[1728], el pago es *indebitum* cuando la obligación que el pago estaba destinado a extinguir, no existía entre el *solvens* y el *accipiens* para el Derecho Civil, ni el Derecho Natural.

En igual sentido, Joaquín Martínez Alfaro[1729] señala que el pago indebido consiste en la ejecución por error de una prestación, sin haber obligación entre el que la ejecuta y el que la recibe.

A entender de Demogue[1730], no debe haber entre el *accipiens* y el *solvens* ninguna deuda correspondiente a lo que se pagó: ni deuda civil, ni deuda natural, ni compromiso principal o subsidiario, ni siquiera compromiso anulable.

Expresa Eugène Gaudemet[1731] —en criterio que compartimos— que para poder hablar de pago indebido se requiere que la deuda no exista, por lo menos en las relaciones entre el *solvens* y el *accipiens*. Añade Gaudemet que esta condición se realiza en tres casos:

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

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

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

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

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

1728 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 451.

1729 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 142.

1730 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo III, p. 142.

1731 Gaudemet, Eugène. *Teoría general de las Obligaciones*. Traducido por Pablo Macedo. México: Porrúa, 1984, p. 305.

EDICIONES LEGALES

Cazeaux y Trigo Represas[1732] afirman que sólo deben comprenderse como pagos indebidos aquellos realizados por quien era deudor a su acreedor, aunque cumpliendo una prestación distinta de la adeudada o no ajustando el pago a las modalidades pactadas.

A nuestro modo de ver, es claro que la institución del pago indebido entraña la ejecución de una prestación que no se debía, antes que el cumplimiento de una prestación diferente a la estipulada. No obstante, éste comprende también otras hipótesis en las cuales el pago —además de efectuarse por error— dista de lo estipulado.

2.2.2. El pago debe haberse efectuado por error

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

A decir de Eugène Petit[1733], para que se configure *indebitum per errorem solutum*, es preciso que se haya pagado lo no debido y que se haya pagado por error.

Anota Héctor Lafaille[1734] que, cuando alguno satisface una obligación porque se considera deudor no siéndolo en realidad, se dice que ha pagado por error, sea que se haya visto inducido a hacerlo por un equivocado concepto del derecho o por las circunstancias.

Así, el error, para Espinoza[1735], es una falsa o distorsionada representación de la realidad que hace que la voluntad expresada incurra en un vicio que amerita anulabilidad del acto. El error —continúa Espinoza— puede producirse a nivel de la voluntad interna (error vicio) o en la declaración (error obstativo o dirimente).

El error —a entender de Rubio Correa—[1736] es el conocimiento equivocado, parcial, deformado, alterado de la realidad o de normas de derecho.

Vidal Ramírez[1737] define al error como una divergencia inconsciente que se da entre la voluntad interna del sujeto y los efectos que busca con su manifestación.

1732 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 514.

1733 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 451.

1734 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, p. 307.

1735 Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial. Op. cit.*, p. 390.

1736 Rubio Correa, Marcial. *Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 21.

1737 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 155.

En el año 2021, en nuestros comentarios al artículo 201 del libro de Acto Jurídico, señalábamos que este tipo de error es el llamado erro vicio o error en la formación de voluntad, lo cual difiere del error en la declaración, que es aquel conocido como error obstativo, en donde no hay problema alguno en el proceso de formación de voluntad, si no en la declaración[1738].

Señala De Cossío, citado por Vidal Ramírez[1739], que el error consiste fundamentalmente en una representación subjetiva contraria a la verdadera realidad objetiva. Por ello, se ha dicho que el error supone una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas[1740].

Dentro de tal perspectiva, cabe preguntarse ¿quién debe incurrir en el error?; ¿quién paga o quien recibe el pago?[1741]

Cuando señalamos que el error es *condictio sine qua non* para que pueda hablarse de pago indebido, nos referimos al error de quien efectuó dicho pago. Sobre el tema no hay discusión en doctrina; desde antiguo es claro que quien pretenda reclamar la restitución de una prestación debe haber actuado por error.

1738 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto Jurídico. Op. cit.*, pp. 257-259. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1739 *Ibidem*, p. 157.

1740 Es de hacer notar que la ignorancia —en nuestro ordenamiento civil— queda sometida al régimen jurídico del error.
Por ignorancia se entiende la ausencia de conocimiento sobre ciertos hechos o del Derecho.
Según Ospina y Ospina, citados por Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico.* Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 159), el error proviene de la ignorancia: el concepto falso encuentra su origen en el desconocimiento de la realidad.
Refiere Marcial Rubio (Rubio Correa, Marcial. *Op. cit.*, p. 21) que en el error puede existir una dosis de ignorancia, pero ésta no es total, ya que el sujeto está informado, aunque de manera incompleta.
En este sentido, Stolfi, también citado por Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 160), afirma que el error consiste en la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, esto es, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias.
Por su parte, Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 161) señala que la doctrina es unánime en la equiparación de la ignorancia con el error y en considerarlos como fenómenos cognoscitivos que resultan de una falsa o inexacta representación de la realidad.
Sobre el particular, Luis Moisset de Espanés (Moisset de Espanés, Luis. «Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina». *Op. cit.*, p. 57) afirma: «Psicológicamente puede establecerse entre el error y la ignorancia diferencias, ya que la ignorancia es el desconocimiento absoluto, y el error es un conocimiento incompleto o falso; pero, como bien lo señaló Savigny, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos deben ser asimilados totalmente».

1741 En el tema del pago indebido, pensamos que no es apropiado considerar a quien paga indebidamente como sujeto activo del pago —entiéndase *solvens*—, toda vez que este último sólo puede ser quien se encuentre obligado o, excepcionalmente, el tercero que paga por el deudor.
Asimismo, no puede pensarse que quien recibe un pago indebido lo hace en calidad de *accipiens* o sujeto pasivo del pago. Es *accipiens* quien tiene la titularidad del derecho de crédito o quien se encuentra autorizado para constituirse en destinatario del cumplimiento.
Por ello, consideramos que el empleo de los términos *accipiens* y *solvens* no es adecuado en materia de pago indebido.

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

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

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

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

El error de derecho supone una información parcial e incompleta de las normas jurídicas. En ese sentido, este último tipo de error plantea una serie de interrogantes.

Como una forma de evitar el incumplimiento de las normas imperativas o prohibitivas, según un principio de Derecho, la ignorancia de las leyes o el error de derecho no excusan el cumplimiento de éstas.[1742]

En efecto, al presumirse que toda ley es conocida a partir de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, el error de derecho que faculta a quien paga indebidamente exigir la restitución de lo pagado no puede ser entendido como un desconocimiento de la ley, sino como una interpretación equivocada del Derecho.

Marcial Rubio[1743] señala que el error de derecho se producirá cuando el agente tenga un conocimiento parcial o deformado de las normas aplicables al hecho o

1742 En consecuencia, se da por sentado que la ley es conocida por todos, de suerte que nadie puede eximirse a sus sanciones ni sustraerse a su cumplimiento so pretexto de no hallarse debidamente informado.
Si esto es así, cabe preguntarse si el pago indebido es una excepción a este principio de Derecho, toda vez que quien paga indebidamente —alegando un error de derecho— puede recobrar lo pagado.
Expresa Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 308) que si bien el enunciado principio de Derecho ha sido instituido como una de las bases del orden social, esta razón de ser cesa cuando alguien pretende aprovechar una situación creada, para enriquecerse a costa del que cometió el error. Añade Lafaille que más que de excepciones, se trataría de un conflicto de principios diversos, cada uno de los cuales tiene su propia órbita. En la primera hipótesis, la máxima tropezará con la aplicación del enriquecimiento sin causa; y en la segunda, con los preceptos que rigen los actos inválidos.
En el Derecho romano de la época clásica, el error de derecho no autorizaba la *condictio indebiti*. Eugène Petit (Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 452) afirma que no todo error puede servir de base a la reclamación. Si un deudor paga doscientos, creyendo haberlos prometido por estipulación, cuando no ha prometido más que cien, incurre en un error de hecho. Si un heredero paga por completo los legados que agotan la sucesión, ignorando que puede retener un cuarto según la ley falcidia, incurre en un error de derecho. El error de hecho —precisa Petit— da lugar a la reclamación de lo indebido. Con relación al error de derecho, se discute en jurisprudencia si procede o no la restitución de lo indebido.

1743 Rubio Correa, Marcial. *Op. cit.*, p. 21.

caso, o cuando, debidamente informado de ellas, ha cometido un error de interpretación o de aplicación.

Otra cuestión a saber es si el error que configura al pago indebido es una simple equivocación o, a la luz de la teoría general del acto jurídico, un error vicio de la voluntad[1744].

Resulta evidente que si la teoría del error en el acto jurídico fuese de estricta y absoluta aplicación al pago indebido, el error que lo configura no sólo importaría una equivocación en cuestiones de hecho o de derecho, sino, además, dicha equivocación debería ser esencial, conocible por la otra parte y legitimaría únicamente al *solvens* en virtud al perjuicio que el pago indebido le hubiese irrogado.

1744 Debe recordarse que, conforme lo establece la ley civil peruana, para que el error sea causal de anulación del acto jurídico, debe ser esencial, conocible por la otra parte y haber producido un perjuicio a quien incurrió en él.
El error es esencial cuando la voluntad es la única razón por la que se celebró el acto.
El error esencial, a diferencia del error indiferente que incide sobre elementos o aspectos secundarios y accidentales del acto, puede recaer sobre la esencia del objeto, en las cualidades esenciales de la persona, en la cantidad o en la declaración.

Error esencial	**Error indiferente**
Constituye causal de anulación del acto jurídico y comprende los siguientes supuestos:	No constituye causal de anulación del acto jurídico y comprende los siguientes supuestos:

Error vicio o de hecho, en cualquiera de sus modalidades:
- Error *in substantia* (inciso 1, artículo 202 del Código Civil).
- Error *in personam* (inciso 2, artículo 202 del Código Civil).
- Error *in quantitate* (artículo 204 del Código Civil).
- Error en el motivo expresamente manifestado (artículo 205 del Código Civil).
- Error en la declaración u obstativo (artículo 208 del Código Civil), que a su vez comprende:
  - Error *in negotio*.
  - Error *in corpore*.
  - Error en la transmisión de la declaración.
  - Error en la identidad de la persona.
	- Error de cuenta o cálculo (artículo 204 del Código Civil).
	- Error en el motivo no manifestado expresamente (artículo 205 del Código Civil, *contrario sensu*).
	- Error *in nomine, in corpore e in negotio*, siempre que éstos no sean conocibles por la otra parte o no haya causado daño al errante (artículo 209 del Código Civil).

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

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

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

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

2.2.2.1. La teoría del error como vicio de la voluntad sería la única aplicable, en estricto, al pago indebido

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

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

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

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

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

La jurisprudencia nacional[1745] sobre este particular ha señalado que: «El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago,

1745 Casación n.º 1496-98-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 22 de enero de 1999.

puede exigir la devolución a quien lo recibió. El pago indebido se cumple entre personas verdaderamente vinculadas por una relación obligacional como acreedor y deudor, siendo lo indebido el cumplimiento de una prestación que no se ajusta a los términos pactados».

2.2.2.2. La teoría del error como vicio de la voluntad no sería la única aplicable al pago indebido

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

En este sentido podría señalarse que el Código Civil peruano, al tratar el tema del error en el pago indebido, en sus artículos 1267 y 1273, no está aludiendo necesariamente al error como vicio de la voluntad, sino se está refiriendo al error en sentido amplio, es decir, utilizando dicho término como comprensivo tanto del error vicio como del error obstativo (que no da lugar a acción de anulabilidad por vicio de la voluntad), e inclusive al error en su acepción común.

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

De la lectura de éstas podríamos llegar a la conclusión de que en algunas de ellas, los artículos 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 218 y 221, inciso 2 (todos referidos al acto jurídico), 277, inciso 5, 284, 809 y 906, el Código evidentemente está haciendo referencia al error vicio, como causal de eventual anulación de un acto jurídico. Pero si proseguimos con este análisis comprobaremos que existen dos normas en las cuales el Código Civil, de manera muy clara y precisa, no se está refiriendo al error vicio, así como tampoco siquiera al error obstativo de la teoría general del acto jurídico, sino al error en sentido lato o usual, es decir, a la palabra error como se entiende comúnmente en nuestra sociedad, como sinónimo de equivocación. Nos estamos refiriendo a los artículos 696, inciso 7, y 735.

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

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

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

Por estas consideraciones, somos partidarios de esta última posición, vale decir, que al referirse el Código Civil al tema del error en sus artículos 1267 y 1273

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

entendemos que no lo está haciendo en sentido estricto (error vicio) sino en sentido amplio.

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al dolo como vicio de la voluntad (dolo por acción determinante y dolo indirecto), el concepto es regulado por el Código Civil peruano en su artículo 210.

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

El dolo por omisión es legislado en el artículo 212.

Y el tratamiento del dolo concluye con el artículo 213, precepto que establece que para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.

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

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

Un primer grupo, conformado por los artículos 195, incisos 1 y 2, 210, 211, 212, 213, 218 y 221, inciso 2, así como por los artículos 667, inciso 4, 809 y 1943. Todos los preceptos citados se refieren al dolo como vicio de la voluntad.

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

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

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

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

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

Por otra parte, somos de la opinión de que los otros vicios de la voluntad regulados por nuestro Código Civil, la violencia y la intimidación, difieren sustancialmente del error y del dolo en cuanto a sus características y naturaleza, de modo que no podrían ser considerados supuestos generadores de pago indebido.

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

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

2.3. Supuestos de pago indebido en el régimen legal peruano

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.1. El doble pago

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

Sería el caso en el que, por ejemplo, si después de la muerte de nuestro padre, un aparente acreedor suyo nos reclamase cierta suma de dinero que él le debía. Nosotros, creyendo equivocadamente que tal obligación se encontraba vigente, pagamos; y luego encontramos entre los documentos de la herencia un recibo que prueba que nuestro padre ya había pagado dicha deuda. Sin duda, hemos pagado indebidamente: por error, inducidos por el supuesto acreedor, nos propusimos extinguir una deuda que ya no existía.

2.3.2. El pago en demasía

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

Al respecto, Eugène Petit[1746] señala que si el deudor ha pagado más de lo que debía, ha pagado lo indebido por todo lo que excede al importe real de la obligación.

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

2.3.3. El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente

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

2.3.4. El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo

El tema atinente a la repetición de lo pagado durante la pendencia del plazo es controvertido. Sobre el particular, en efecto, la doctrina no presenta un criterio unívoco.

A decir de Demogue[1747], no se puede añadir a los supuestos del pago indebido el caso en el que se pagó una deuda antes del plazo, pues la ley excluye aquí la repetición. Añade Demogue que no hay pago indebido cuando se paga una deuda que todavía no llega a su vencimiento, incluso por error. La doctrina acuerda en decir que por el artículo 1186 del Código Napoleón, «no se puede repetir lo que se pagó por adelantado».

1746 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 451.

1747 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo III, p. 143.

En este sentido, Eugène Petit[1748] precisa que quien ha prometido a plazo, no es menos deudor, de modo que pagando antes del vencimiento, paga lo que es debido. No puede, en consecuencia, repetir lo que pagó.

León Barandiarán, citado por Vidal Ramírez[1749], sostiene que la facultad de repetir supone que no existe un *debitum*, aunque erróneamente lo haya creído el deudor; presupone, pues, que se haya pagado lo indebido. Tal circunstancia no ocurre tratándose de la deuda con plazo, porque la obligación existe, es cierta, y sólo están diferidos sus efectos. Si se pagó antes del plazo, no hay pago de lo indebido.

De la Puente y Zusman, citados por Lohmann[1750], expresan que el plazo suspensivo da lugar a que los efectos del acto jurídico tengan que producirse necesariamente al cumplimiento del plazo, desde que éste consiste en un momento futuro pero cierto. La obligación del deudor existe, ya que la prestación, aunque aplazada en el tiempo, es debida inexorablemente. La acción de repetición de lo indebido sólo se concede a quien ha pagado lo que no era debido, cosa que no ocurre en el caso que se examina, pues la obligación existe, por lo cual quien paga por error respecto a la existencia del plazo suspensivo, efectúa un pago perfectamente válido.

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

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

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

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

Al respecto, Vidal Ramírez[1751] afirma que la irrepetibilidad prevista en el precepto legal citado, sólo se ha dispuesto —de manera atinada— frente al plazo suspensivo, pues estando pendiente el plazo la obligación del deudor ya existe,

1748 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 451.

1749 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 164.

1750 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico.* 2.ª edición. Lima: Grijley, 1997, p. 339.

1751 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 163.

aunque diferida en cuanto a la oportunidad en que debe procederse al pago; en el plazo resolutorio, en cambio, el acto ya ha desplegado su eficacia y las prestaciones deben ser cumplidas hasta el vencimiento del plazo.

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

Lohmann[1752], por su parte, sostiene que el codificador ha querido ser restrictivo al imponer la ignorancia y no el error, como el fundamento que permite repetir el íntegro de lo pagado.

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

En relación con estos conceptos, Marcial Rubio[1753] anota que ignorar la existencia de un plazo para cancelar una obligación es una ignorancia de derecho y no de hecho. Asimismo, se trata de una ignorancia subjetiva, mensurable en el interior del deudor; una ignorancia que no tiene que ser la única razón que haya llevado a pagar y que no exige su conocimiento por el otro contratante.

A decir de Rubio[1754]: «Para que el error de Derecho me beneficie al haber hecho un pago adelantado en referencia a un plazo suspensivo aún no cumplido, yo tengo que reunir dos situaciones: error determinante de mi lado, y conocibilidad de la otra. Para beneficiarnos en caso de ignorancia, basta con ella, sin ninguna otra circunstancia confluyente. En síntesis, a la ignorancia del plazo se la trata con mayor benevolencia que al error de Derecho, en lo aplicable a estos supuestos».

Con un parecer distinto, Lohmann[1755] expresa que la acción de repetición que el artículo 180 del Código Civil establece debe ser restrictivamente entendida y sólo admitirse si el deudor no tuvo posibilidad de conocer. Quien pudo y debió conocer el plazo no puede ampararse en su propia negligencia. Sería excesivo que el artículo, además de beneficiar a una segunda parte débil, favorezca también la torpeza o la negligencia. La ignorancia, pues, ha de ser absoluta y sin la posibilidad

1752 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, p. 340.
1753 Rubio Correa, Marcial. *Op. cit.*, p. 171.
1754 *Idem.*
1755 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, p. 340.

de superarla. La carga de la prueba de todo ello recae en el deudor, que es quien reclama la devolución de lo pagado invocando la ignorancia.

2.3.5. El pago con prestación distinta a la debida

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

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

Recordamos, por lo demás, que a entender nuestro, la dación en pago no es otra cosa que un supuesto más de novación objetiva seguida de pago.

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

2.3.6. El pago sin causa

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

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

Anota Llambías[1756] que el pago indebido comprende tres supuestos específicamente distintos:

(a) El pago por error, que a su vez abarca dos subespecies: el pago de una deuda ajena efectuado por quien a causa del error padecido cree ser deudor y por eso paga; y el pago hecho con una cosa que se cree deber, cuando en verdad es otro el objeto debido.

(b) El pago sin causa legítima, que comprende varias subespecies: el pago sin causa propiamente dicho, que se presenta cuando nunca ha habido obligación que pueda justificar el pago, ni ha mediado *animus donandi* de parte del *solvens*; el pago hecho en consideración a una causa futura, de hecho frustrada, o impedida legalmente; el pago de causa cesante, que se cumplió en

1756 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 367 y 368.

razón de una causa existente pero que hubiese cesado de existir. Asimismo, el pago sin causa comprende el pago de causa inmoral o ilícita.

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

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

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

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

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

Sobre el particular, expresa Llambías[1757] que es fundamental para caracterizar al pago por error que el *accipiens* tenga título para recibir ese pago, es decir, que sea acreedor de la obligación satisfecha. Si no fuera así, esto es, si quien recibe el pago no es acreedor, aunque el deudor así lo creyera, estaríamos en presencia de un pago sin causa y no ante un pago por error.

No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico el pago sin causa es, sin duda, una de las caras del pago indebido. El segundo párrafo del artículo 1273 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum* al prescribir: «[…] se presume que hubo error, cuando se cumple una prestación que nunca se debió […]».

En este sentido, la *solutio indebiti* se configura como la categoría jurídica que comprende los diversos supuestos del pago sin causa, el pago por error y aquellos otros que hemos señalado oportunamente. En esta línea, es preciso anotar que el pago sin causa es el supuesto del pago indebido que acorta las distancias entre este último y el enriquecimiento sin causa. En efecto, cuando se paga lo que no se debe, se enriquece a otro sin causa.

2.3.7. Otros supuestos de pago indebido

Por otra parte, y continuando con la exposición del pago indebido, anotamos como otro de sus supuestos a aquel en el que una persona paga *proprio nomine* la obligación de otro, creyendo equivocadamente que es deudor.

1757 *Ibidem*, p. 374.

Nos referimos al pago hecho por tercero por error.

Anotan Cazeaux y Trigo Represas[1758] que se presenta como un supuesto de particular dificultad aquel en el cual el *accipiens* tiene título para recibir el pago por ser acreedor de la obligación y conscientemente lo acepta de manos de un tercero que no es su deudor. Preguntan dichos autores si en esta hipótesis se exige o no la prueba del error del tercero para la procedencia de la repetición. Se ha dicho al respecto que si el acreedor o persona autorizada es quien recibe el pago, éste tiene causa, sea que lo hubiese practicado el deudor o un tercero; por lo tanto, para la viabilidad de la acción de repetición se debe demostrar el error de quien pagó.

Otros autores afirman que en esta hipótesis podría presumirse una liberalidad por parte del tercero *solvens*, salvo que éste probase que desconocía que estaba pagando una deuda ajena, en cuyo caso procede la acción de repetición.

A nuestro modo de ver, el pago hecho por quien se creía deudor a un acreedor real, constituye un pago indebido, siempre que se pague por error, a nombre propio, esto es, sin intención de liberar a otro y sin que exista *animus donandi*. En este sentido, deberá probarse el error con que se pagó para poder recobrar lo pagado indebidamente.

Por otra parte, es preciso señalar que el pago de una obligación natural no constituye un supuesto del pago indebido. Quien paga una deuda natural, paga lo que es debido, de suerte que, aunque fuera por error, no tiene derecho a exigir la restitución de lo pagado. Desde el Derecho romano, la *natura debitum* excluye la *condictio indebiti*.

Señala Vincenzo Arangio Ruiz[1759] que las obligaciones naturales, aun cuando revisten la estructura formal de una obligación civil, están desprovistas por el ordenamiento jurídico de un medio judicial o extrajudicial que obligue al deudor al cumplimiento. No obstante, el Derecho les ofrece una tutela parcial, sobre todo considerando su eventual cumplimiento. Así, se rehúsa al deudor la *condictio indebiti*.

En igual sentido, Saavedra Lozano[1760] anota que si la deuda que se paga es una deuda natural, el pago que se efectúa no es indebido, porque se ha pagado con causa; por ello, en este caso la *condictio indebiti* debe ser rechazada al deudor.

El Derecho ve aquí la oportunidad ideal para que una obligación natural llegue a tener cumplimiento. Y por ser un hecho inusual y debido, la ley no titubea en darle pleno valor jurídico, de tal manera que quien paga una obligación natural no podrá repetir lo pagado, pues pagó bien.

1758 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 515.

1759 Arangio Ruiz, Vincenzo. *Op. cit.*, pp. 457 y 458.

1760 Saavedra Lozano, Saúl. *Op. cit.*, tomo II, p. 400.

No debe confundirse, entonces, la inexigibilidad de una obligación y su existencia.

Finalmente, resulta interesante citar dos pronunciamientos de los tribunales de justicia peruanos. El primero de ellos señala que: «Si se reconoce que se han recibido indebidamente diferentes sumas de dinero, deberá devolverse dicha suma, con sus intereses legales»[1761]. Por otra parte, se ha señalado que: «Este artículo faculta a quien hace un pago por error de hecho o de derecho, sin obligación de efectuarlo, de exigir la restitución de la persona que lo recibió»[1762].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1761 Expediente n.° 3956-97. Tercera Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima. En Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual. Op. cit.*, tomo II, p. 83.

1762 Casación n.° 1429-98-Piura, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 16 de enero de 1999.

Pago indebido recibido de buena fe

Artículo 1268.- Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1268

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; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 legislaba la materia en el artículo 1270: «Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva»; mientras que Código Civil de 1936 lo hacía en su artículo 1281: «Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba sobre el particular en el artículo 132: «Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 123: «Queda exento

FONDO EDITORIAL PUCP

de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho, o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor».

Para finalizar esta relación, debemos mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trataba el tema en su artículo 1286: «Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho, o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1235: «Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor».

2. Análisis

Si por justicia se entiende tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justo que quien actúe de buena fe reciba un tratamiento distinto de aquel que obra de mala fe.

Puig Brutau, citado por De la Puente y Lavalle[1763], considera que la buena fe es un estado psicológico que el orden jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Así, en algunos casos la norma aplicable será elegida a través de la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención del sujeto.

En efecto, el Derecho otorga a la buena fe una consideración especial y favorable, la cual se percibe con meridiana claridad en materia de pago indebido.

El artículo 1268 del Código Civil peruano, exime de la obligación de restituir a quien hubiera recibido el pago indebido de buena fe y hubiese deteriorado o dejado extinguir las vías que el Derecho le franquea para el cobro de su crédito.

Al respecto, cabe preguntarse a qué clase de buena fe alude el precepto bajo análisis.

Sin lugar a dudas, el artículo 1268 del Código Civil hace referencia a la buena fe subjetiva de quien recibe el pago indebido.

1763 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 431.

Debemos recordar que si bien existen otras clasificaciones, la doctrina es unánime en reconocer una buena fe subjetiva —referida a la intención o creencia de las partes— y una buena fe objetiva —referida al obrar de éstas—[1764].

La buena fe subjetiva es identificada en doctrina con el elemento psicológico de la creencia. En este sentido, Ferreira —también citado por Manuel de la Puente—[1765] afirma que la buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de ésta.

Este tipo de buena fe, añade el referido autor, resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad y no en el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad en que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica.

De la Puente y Lavalle[1766], acogiendo el parecer de doctrina igualmente autorizada, sostiene que la buena fe subjetiva presenta los caracteres que se citan a continuación:

«a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.

b) Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.

c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.

d) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.

e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.

1764 De la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 433) anota que en estas dos acepciones de la buena fe se juzga una conducta, no obstante ser fundamentalmente dispares, desde que la buena fe subjetiva consiste en la apreciación de una situación personal, mientras que la buena fe objetiva en la aplicación de una regla impersonal de conducta. En el primer caso, si el sujeto actuó porque creyó honradamente, y en el segundo, si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió.
Por ello se ha dicho en torno a la buena fe subjetiva, que ésta consiste en la convicción de actuar conforme a ley y de no perjudicar otro derecho. En tanto que la buena fe objetiva supone proceder con rectitud y lealtad, sin engañar.

1765 *Ibidem*, p. 428.

1766 *Ibidem*, p. 430.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

f) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.

g) El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia».

Es preciso anotar, además, que la buena fe de quien recibe un pago indebido debe fundamentarse en el error[1767].

Conforme a nuestras doctrinas, derivadas del estudio del artículo 1267 del Código Civil, queda claro que el error de quien paga indebidamente es el error que configura el pago indebido, en tanto que el error de quien recibe el pago indebido es el fundamento de una hipotética buena fe.

Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas[1768] expresan que el error o falso conocimiento es requisito del pago indebido, concebido como una falta de coincidencia entre la noción que se tiene y la realidad a que dicha noción debía corresponder. Añaden los citados autores que el único error que cuenta para la acción de repetición es el del *solvens*; mientras que el error de quien recibe el pago puede interesar para determinar su buena o mala fe y precisar así las consecuencias accesorias de la repetición, pero no incide en la procedencia de ésta.

Anota Moisset de Espanés[1769], por su parte, que en materia de pago indebido, el *accipiens* será de buena fe cuando siendo acreedor cree, por error, que la prestación que recibe es la que realmente debía entregársele; o cuando no siendo acreedor, está persuadido de que verdaderamente lo es.

Bajo esta línea de pensamiento, Puig Brutau, citado por Manuel de la Puente[1770], considera que cuando un sujeto obra en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico, recibe del Derecho un tratamiento favorable: el tratamiento de la buena fe.

Con un parecer distinto, De la Puente discrepa de esta opinión, pues juzga que lo que interesa es la existencia de la creencia y no del error[1771].

Estimamos, por nuestra parte, que en materia de pago indebido la buena fe de quien lo recibe debe tener como sustento al error, ya que el supuesto del artículo

1767 Resulta pertinente recordar que el error puede entenderse, en materia de pago indebido, no sólo como error-vicio de la voluntad, sino también como una simple equivocación.

1768 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 51.

1769 Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas. Op. cit.*, p. 56.

1770 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 428.

1771 En este sentido, precisa Manuel de la Puente (*Ibidem*, p. 429): «Si yo, confiando en que la declaración del oferente corresponde a su voluntad, celebro el contrato, es indiferente si hay o no dicha correspondencia, pues el contrato se habrá celebrado, según la teoría de la confianza, porque yo creí en la declaración del oferente, cualquiera que, en realidad, haya sido la correspondencia de esta declaración con su voluntad».

1268 del Código Civil peruano no es otro que el del pago efectuado por un tercero mediando error.

En la hipótesis de este precepto legal, quien recibe el pago indebido es acreedor, es quien tiene legítimo derecho a un crédito, no obstante lo cual el pago es indebido porque quien lo efectúa es persona distinta al deudor y obra por error, es decir, no paga por o en nombre del deudor, sino por considerarse equivocadamente obligado al pago.

Ahora bien, si quien recibe el pago indebido es *accipiens*, éste obrará de buena fe cuando equivocadamente crea que quien paga lo hacía por cuenta de su crédito, pese a que en la realidad de los hechos tal creencia es errónea.

Dentro de tal orden de ideas es preciso analizar cuándo se configura el deterioro o extinción del derecho de crédito del acreedor a que se ha hecho referencia. Dicho deterioro o extinción se presenta cuando quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese caído en alguno de los siguientes supuestos:

- **Inutilizado el título**

En primer término, esta hipótesis se plantea cuando la obligación conste en títulos valores y el acreedor, creyendo que el pago se realizaba de manera legítima, hubiese devuelto o destruido el título valor.

Pero también, entre los diversos significados de la palabra «título» encontramos que ésta alude al documento que prueba la existencia de una obligación. Los principales títulos con los que se demuestra la existencia de una obligación son, entre otros, los siguientes: el documento privado en el que consta el contrato o acto unilateral, la minuta y la escritura pública.

En este sentido, el Código nacional se refiere, además, a que el acreedor de buena fe inutilice el documento en el que consta la obligación. En efecto, cuando el Código Civil peruano emplea la expresión «hubiese inutilizado el título», comprende a los títulos valores, pero no restringe el alcance del término «título» únicamente a esos supuestos. Bien podría ocurrir, en efecto, que el título estuviera constituido por un documento que el acreedor tiene en un solo ejemplar, o por una minuta cuyo único ejemplar está en poder del acreedor, que éste, al recibir el pago de buena fe, los destruye. En estos casos, el acreedor no estaría obligado a restituir a quien pagó de manera indebida. Este último sólo podría accionar contra el verdadero deudor.

Resulta claro, entonces, que quien pagó indebidamente podría recurrir, para exigirle la restitución al verdadero deudor, a todos los medios probatorios que le franquea la ley[1772].

1772 Recuérdese que entre los medios probatorios típicos y atípicos contemplados por el Código Procesal Civil se encuentran los previstos por los artículos 192 y 193 del citado cuerpo legal, cuyos textos son los siguientes:

Por lo demás, si el título que se hubiese inutilizado fuese el testimonio o la copia simple de una escritura pública, no sería de aplicación el precepto, por cuanto el acreedor podría fácilmente obtener otro ejemplar, ya que el instrumento original se encontraría extendido en el Registro de Escrituras Públicas de la Notaría en que dicho título se hubiese tramitado.

- **Limitado las garantías de su derecho**

En lo que respecta a la limitación de las garantías reales o personales, debemos señalar que el Código Civil vigente prevé, en este caso, la hipótesis de un envilecimiento de garantías, que las restringe y que, por lo tanto, obliga a quien pagó indebidamente a actuar contra el verdadero deudor.

Este envilecimiento podría producirse cuando —por ejemplo— la garantía del derecho del acreedor consistiera en una hipoteca y en una fianza. Si el acreedor de buena fe, al recibir el pago, otorga una escritura pública de cancelación de hipoteca, pero mantiene vigente la fianza, estaría sin duda limitando las garantías de su derecho y, por lo tanto, sería de aplicación el artículo 1268 del Código Civil.

Asimismo, esta hipótesis podría presentarse cuando las garantías que aseguraban el derecho del acreedor no se extinguen, sino se reducen.

En efecto, debe entenderse que la limitación de las garantías aludidas por el precepto bajo análisis también se refiere a una reducción en su monto o cuantía.

La ley civil peruana prevé la reducción de la hipoteca en los artículos 1115 y 1116. El artículo 1115 del Código Civil, relativo a la reducción de la hipoteca, estatuye: «El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.— La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro». En tanto que el artículo 1116 del Código Civil, referente a la reducción judicial de la hipoteca, dispone: «El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente».

Artículo 192.- Son medios de prueba típicos:
1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial.

Artículo 193.- Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Cabe observar que en el caso propuesto podría exigirse la exhibición de los documentos que se relacionen directamente con el proceso o que pertenezcan a la otra parte de la relación procesal, a un tercero, a una persona jurídica o a un comerciante. El incumplimiento de la exhibición —conforme lo establece el artículo 261 del Código Procesal Civil— será apreciado por el juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa y de determinar la responsabilidad a que hubiere lugar.

Ahora bien, cabe preguntarse si la limitación de las garantías a que hace alusión el artículo 1268 podría referirse, además, a su extensión.

En opinión nuestra, la limitación de las garantías debe interpretarse no sólo como reducción en cuanto a su monto o cuantía, sino también como restricción en cuanto a su extensión.

Precisa recordarse que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto. Ello, en virtud a lo prescrito por el artículo 1101 del Código Civil.

La fianza, por su parte, puede o no limitarse al pago de la obligación, a sus accesorios, y a las costas del juicio contra el fiador, según el artículo 1878 del citado cuerpo legal.

- **Cancelado las garantías de su derecho**

Este supuesto es aquél en el cual el acreedor, creyendo que se le pagaba un crédito legítimo, hubiese extinguido todas las garantías de su derecho.

Al respecto, cabe señalar que si la garantía que aseguraba el pago de la obligación fuese una real —esto es, una prenda, hipoteca, anticresis o un derecho de retención—, ésta se extinguiría ante el pago de dicha obligación[1773]. Si la garantía que aseguraba el crédito fuese una de carácter personal, esta hipótesis podría configurarse con la extinción de la fianza por acaecer lo previsto en los artículos 1898, 1899 y 1900[1774].

- **Dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor**

La evidencia de esta hipótesis es obvia por cuanto si el acreedor cree en forma errónea pero de buena fe que ha sido pagado debidamente, no haría valer su derecho de crédito contra el verdadero deudor por considerarlo satisfecho.

1773 En el mismo sentido, el inciso 1 del artículo 1122 del Código Civil estatuye que la hipoteca se acaba por extinción de la obligación que garantiza.
El artículo 1126 del Código Civil, relativo a la extinción del derecho de retención, prescribe: «La retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza».

1774 El artículo 1898 del Código Civil establece: «El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o abandona la acción iniciada».
El artículo 1899 del Código Civil prescribe: «Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación».
En tanto que el artículo 1900 del citado cuerpo legal estatuye: «Queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción».

TEODORO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante ello, cuando el *accipiens* de buena fe hubiese dejado prescribir su acción contra el verdadero deudor, cabe preguntarnos si quien pagó indebidamente asume, por su error, la pérdida de la prestación.

Si quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor, quien pagó indebidamente podría aún dirigirse contra este último, pues la acción sólo se extinguiría en caso de que ese verdadero deudor invocara el beneficio de la prescripción, generada por el transcurso del tiempo, respecto a la acción que correspondía a su acreedor.

De este modo, quien paga indebidamente podría accionar contra el verdadero deudor —o sus garantes, de ser el caso—, en tanto que no se invocara el beneficio de la prescripción.

Queremos insistir en este extremo, toda vez que podría incurrirse en interpretaciones erradas si se considerara que el artículo 1268 del Código Civil peruano otorga una prórroga a la prescripción de la acción que corresponde al verdadero acreedor contra el verdadero deudor, en favor de quien pagó indebidamente. Ello no es así.

Quien paga indebidamente podrá dirigirse contra el verdadero deudor, a través de la acción que asistía al derecho de crédito del *accipiens*, siempre que ésta no hubiera prescrito.

El Código Civil de 1936 era lo necesariamente claro al respecto, cuando disponía en el artículo 1281: «[...] El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva».

En consecuencia, a diferencia de las otras hipótesis previstas por el artículo 1268, quien pagó indebidamente asumiría la pérdida de la prestación, en caso de que el verdadero deudor planteara la excepción de prescripción, sancionándose de este modo su *turpitude*.

Por otra parte, el artículo 1268 del Código Civil es un supuesto de excepción, toda vez que —por lo general— quien recibe un pago indebido actúa de mala fe. Así, el ámbito de aplicación de la norma es reducido, pues sólo abarca los casos en que quien se beneficia con el pago indebido haya actuado de buena fe.

Es claro, sin embargo, que el acreedor que hubiese recibido el pago indebido podría verse obligado a la restitución aun cuando hubiese obrado de buena fe.

Obsérvese que los supuestos de hecho de la citada norma requieren no sólo de la buena fe del *accipiens*, sino también de que éste haya deteriorado su posibilidad de cobrar o haya dejado extinguir su acción para hacer efectiva la acreencia, al proceder de alguno de los modos previstos por el precepto. Por tanto, el acreedor que no inutilice el título, o no límite o cancele las garantías de su derecho, o no deje prescribir la acción contra el verdadero deudor, se encontrará obligado a la restitución, no obstante haber recibido el pago indebido de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De esta forma, quien paga de manera indebida podría exigir la restitución correspondiente al acreedor de buena fe, por cuanto el artículo 1268 del Código Civil no sería de aplicación.

Coincidimos plenamente con la solución adoptada por el Código Civil, pues la misma se ajusta a la equidad. En efecto, si quien recibe el pago indebido de buena fe deteriora su posibilidad de cobrar o deja extinguir, por prescripción, la acción para exigir el pago de su crédito, en caso de ser obligado a restituir lo que recibió indebidamente se encontraría ante una situación a todas luces injusta: de buena fe habría desprotegido su acreencia o su acción se habría extinguido contra el verdadero deudor, por prescripción, mientras que éste se habría beneficiado patrimonialmente a expensas del error de un tercero, a quien corresponde, sin duda, asumir las consecuencias de ese error. De allí el tenor del artículo 1268 del Código Civil: «[...] El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor».

Manresa, citado por Manuel Borja Soriano[1775], afirma que la equidad exige —en este caso— que no se obligue a quien realizó el cobro, pues de otro modo saldría perjudicado o perdiendo en lo relativo al crédito que inutilizó. Por virtud de dicha exención, el pagador sólo tendrá acción para reclamar la restitución contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción del crédito que correspondía al que cobró no hubiese prescrito.

Sobre el tema, Planiol y Ripert[1776] anotan que la ley establece en favor del acreedor de buena fe que hubiese destruido el título o dejado prescribir su acción, una disposición de equidad a fin de evitar que éste asuma las consecuencias del error cometido por otra persona. Añaden los autores citados que si se concediese la acción de repetición en su contra, podría encontrarse, con posterioridad, imposibilitado para probar su crédito contra su verdadero deudor. En consecuencia, la ley lo autoriza a conservar lo que haya recibido y obliga al tercero que pagó a recurrir contra el deudor.

Antes de concluir, estimamos necesario efectuar una precisión final.

En todos los supuestos de pago indebido, quien recibe el pago indebido podría actuar de buena fe, esto es, en la creencia de que se está pagando lo que se le debe. Sin embargo, no todos los supuestos contemplados por el artículo 1267 del Código Civil podrían ser incorporados a las hipótesis previstas por el artículo 1268, ya que, en estos casos, quien paga debe ser un tercero y quien recibe el pago, un verdadero acreedor; de otro modo, no resultaría de aplicación la última parte del precepto, cuando dispone que quien pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

1775 Borja Soriano, Manuel. *Teoría de las Obligaciones*. México: Porrúa, 1994, p. 329.

1776 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 524.

Pago indebido recibido de mala fe

Artículo 1269.- El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.

Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó.

1. Fuentes nacionales del artículo 1269

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 37, Título XIV, Partida Quinta, establecía que: «*Si la cosa que pagasse alguno, como non deuía, fuesse de tal natura, que diesse fruto de sí, deue ser tornada, con los frutos que lleuo della aquel a quien la pago*». *Y agregaba que «E si quando la rescebio en paga, o despues, ouo mala fe en recebirla, seyendo sabidor que la non deuía auer; estonce, quier la perdiesse, o la vendiesse, tenudo es de pechar por ella, el derecho precio que pudiera valer, a bien vista del Judgador*».

El artículo 1269 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; en el Proyecto de Código Civil de 1890; 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.

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 fue el primer cuerpo normativo que abordó el tema en el Perú; lo hacía en su artículo 1272: «El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.— Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen al que la entregó, hasta que la recobre.— No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de 1936 regía la materia en su artículo 1283: «El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.— Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.— No se prestará el caso fortuito, cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trató el particular en su artículo 134: «El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjere, desde la fecha del pago indebido.— Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.— No se prestará el caso fortuito, cuando hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa hallándose en poder del que la entregó»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 124: «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés no previsto contractualmente cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que debió percibir, cuando la cosa recibida los produjo o debió producirlos, desde la fecha del pago indebido.— Además, responderá de la pérdida o deterioro que la cosa hubiese sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen a quien la entregó, hasta que la recobre.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que la causa no imputable hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa, hallándose en poder de quien la entregó»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1287: «El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés oficial cuando se trate de capitales, y los frutos percibidos o que debió percibir, cuando la cosa recibida los produjo o debió producirlos, desde la fecha del pago indebido.— Además, responderá de la pérdida o deterioro que la cosa hubiese sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogasen a quien la entregó, hasta que la recobre.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que la causa no imputable hubiese podido afectar del mismo modo a la cosa, hallándose en poder de quien la entregó».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trató el tema en el artículo 1236: «El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales y los frutos percibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjera, desde la fecha del pago indebido.— Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido la cosa por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien la entregó, hasta que la recobre.— Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa

ESTUDIO MIO CASTRO-GUEYRE

no imputable habría afectado a la cosa del mismo modo si hubiera estado en poder de quien la entregó».

2. Análisis

Al abordar el tema del pago indebido, el Código Civil peruano de 1984 ha seguido una estructura lógica y original, en la medida de que en la primera de sus normas, el artículo 1267, legisla sobre la acción de restitución ante el supuesto de pago indebido; luego, en los artículos 1268, 1271 y 1272 regula los casos en los cuales quien recibe el pago indebido hubiera actuado con buena fe; en tanto que en los numerales 1269 y 1270 se refiere a supuestos en los cuales el pago indebido hubiera sido efectuado a persona que procedió con mala fe.

En lo relativo al artículo 1269 del Código Civil, debemos manifestar que éste recoge el supuesto en el cual el pago indebido haya sido recibido por una persona que actuó de mala fe, es decir, con conocimiento de que aquel que efectuaba el pago lo hacía indebidamente, por encontrarse en cualquiera de los casos comprendidos en el artículo 1267 del citado cuerpo legal.

En tal sentido, consideramos que los supuestos más frecuentes, en lo que respecta al pago indebido, serán, precisamente, aquellos en los cuales quienes lo reciban actúen de mala fe. De ahí la importancia del artículo 1269 del Código Civil, dada la pluralidad de hipótesis que comprende el precepto.

Justamente el hecho de haber actuado de mala fe al recibir el pago indebido determinará que el *accipiens* se vea obligado, con posterioridad, a asumir una serie de consecuencias gravosas, que el Derecho estima equitativas.

Debemos señalar, además, que quien actúa de mala fe lo hará, casi invariablemente, con el propósito de aprovecharse del error de quien estaba dispuesto a efectuar tal pago y, obviamente, con el ánimo de apoderarse de aquello que indebidamente recibe.

2.1. Efectos

Las consecuencias que se derivan para quien acepta un pago indebido de mala fe son las que se desarrollan a continuación:

- **Intereses legales**

En el caso del pago indebido, quien recibe el bien de mala fe estará en aptitud de usarlo (siendo indiferente si lo usa o no). Tal aptitud anula la posibilidad de su utilización por quien pagó indebidamente. Por esa razón la ley civil peruana establece en el artículo 1269 que quien recibe un bien de manera indebida debe intereses legales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe señalar que la norma precisa que el devengamiento de dichos intereses legales se producirá sólo cuando sea un capital el bien sobre el cual verse el pago indebido.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos respecto a los intereses legales.

- **Frutos naturales e industriales**

En caso de no tratarse de frutos civiles (intereses), la ley se refiere, necesariamente, a los frutos en sentido amplio, comprendiendo en ellos tanto a los naturales como a los industriales, los que también se deberán en caso de que el bien pagado indebidamente no consista en capitales.

Cabe recordar en este punto que de acuerdo con lo establecido por el artículo 891 del Código Civil peruano, son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana y frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana.

- **Daños y perjuicios**

Aunque el Código Civil peruano sólo hace referencia a los perjuicios irrogados a quien entregó indebidamente el bien, consideramos que este término no debe ser interpretado de modo restringido, pues la denominación genérica de perjuicios también incorpora a los daños.

Por otra parte, debemos precisar que cuando el bien objeto del pago indebido no esté constituido por capitales o bienes productivos, no habría lugar a la devolución de intereses legales, ni de frutos; sin embargo, en virtud a la mala fe de quien recibió el pago indebido, éste se encontraría obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

- **Pérdida o deterioro del bien**

El sentido del principio establecido por el segundo párrafo del artículo 1269 es nítido, ya que quien posee el bien lo hace de manera indebida, de modo tal que los riesgos sobre éste los asume en su integridad. Conviene aquí advertir que quien posee indebidamente responderá por la pérdida o deterioro ocasionados por causas ajenas a su accionar, incluyendo el caso fortuito o de fuerza mayor o la simple ausencia de culpa. Esto tan sólo constituye una derivación natural del carácter de la posesión adquirida por un pago indebido aceptado de mala fe.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 1269 se establece que quien recibió el pago indebidamente podrá liberarse de esta responsabilidad si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo que si hubiera estado en poder de quien lo entregó.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FIEVRE

La razón de este dispositivo es lógica, ya que habiéndose producido o no el pago indebido, el evento dañoso igualmente hubiera afectado al bien[1777].

Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega indebidamente una casa y ésta se destruye como consecuencia de un movimiento sísmico. Aquí la restitución se limitaría al terreno, más la indemnización por los daños y perjuicios derivados del uso indebido del inmueble hasta que éste se destruyó, pero no a la restitución de daños y perjuicios por el valor de la edificación.

Sobre este punto, la jurisprudencia nacional ha señalado que: «Es amparable la pretensión de restitución de lo indebidamente pagado, puesto que se ha probado que el personal del banco demandado ha actuado en forma negligente al pagar un cheque con evidentes signos de adulteración, tanto por supresión de grafías como por adición de éstas, conforme ha concluido el peritaje grafotécnico»[1778]. Asimismo, ha resuelto que: «Si una persona reconoce que se le ha pagado demás, independientemente de que se le demuestre su responsabilidad penal en el proceso respectivo, debe devolver dicha suma con los respectivos intereses»[1779].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1777 Solución similar prevé el Código Civil en el artículo 1336: «El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente».

1778 Expediente n.° 595-99-Lima.

1779 Expediente n.° 3956-97-Lima.

Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe

Artículo 1270.- Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectúo el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.

1. Fuentes nacionales del artículo 1270

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.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trató el tema en su artículo 125: «Si el que acepta un pago indebido de mala fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectúo el pago podrá exigir su restitución y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso, pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.— Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el

FERNANDO CASTILLO FREYRE

pago indebido de mala fe»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1288: «Si el que acepta un pago indebido de mala fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago podrá exigir su restitución y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.— En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso, pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.— Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 regulaba la materia en el artículo 1237: «Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena la cosa a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución y, solidariamente, a ambos la indemnización de daños y perjuicios.— En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor de la cosa, más la indemnización de daños y perjuicios.— Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución de la cosa. En este caso, sin embargo, sólo estará obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe».

2. Análisis

Es claro que el pago indebido constituye causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado.

No obstante, cuando la ley civil peruana otorga a quien paga indebidamente el derecho a exigir la restitución de lo pagado, cabe preguntarse ante quién debe interponer la correspondiente acción de restitución. La respuesta no es una sola, toda vez que pueden ser distintas las personas obligadas a restituir, según se verá seguidamente.

Cuando se paga por error a una persona que recibe el pago de buena fe y ésta deteriora su posibilidad de cobrarle al verdadero deudor por practicar alguna de las conductas previstas en el artículo 1268 del Código Civil, quien paga indebidamente podrá exigir la restitución al verdadero deudor, salvo que —por haber prescrito la acción que asistía al derecho de crédito del *accipiens*— aquél opusiese el beneficio de la prescripción[1780].

1780 Recuérdese que si el verdadero deudor deduce la excepción de prescripción, quien paga indebidamente asume la pérdida de la prestación.

En tanto que si se paga de manera indebida a una persona que lo acepta de buena fe, esto es, en la errónea creencia de que el pago lo efectuaba quien lo debía, sin que se presente ninguno de los presupuestos previstos por el citado artículo 1268 del Código Civil, la acción de restitución deberá dirigirse contra el *accipiens*.

Regla similar se aplica cuando se paga indebidamente a persona que procede de mala fe, pues en estos casos siempre puede exigirse la restitución a quien aceptó tal pago.

Sin embargo, si quien acepta un pago indebido de mala fe hubiese enajenado el bien, surge una nueva interrogante: ¿contra quién debe dirigir su acción el que pagó indebidamente?

El artículo 1270 del Código Civil peruano de 1984 prevé los supuestos de enajenación de lo pagado indebidamente por quien aceptó dicho pago de mala fe[1781].

2.1. Supuestos

En tal sentido, vamos a analizar cada una de las hipótesis que plantea el referido precepto.

- **Primer supuesto**

El primer supuesto que establece el artículo 1270 en su parágrafo primero es el de una enajenación a título oneroso en la que el tercero también obra de mala fe. En esta hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero, quien también actúa de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien paga indebidamente puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe. Adicionalmente, el *solvens* puede exigir indemnización de daños y perjuicios a quien aceptó el pago indebido de mala fe, al tercero adquirente de mala fe o a ambos solidariamente.

Cabe señalar que la responsabilidad solidaria que establece el precepto analizado, relativa a la indemnización por los daños y perjuicios que se irroguen, debe entenderse conforme a los principios previstos por el Código Civil respecto a la solidaridad, analizados por nosotros anteriormente.

1781 Precisa anotarse que no todo pago indebido se realiza a título de enajenación. Si bien el artículo 1270 del Código Civil se refiere únicamente a los supuestos de enajenación del bien, ello no significa que todo pago indebido suponga transmisión de propiedad.

- **Segundo supuesto**

El primer párrafo del artículo 1270 del Código Civil[1782] prevé una hipótesis adicional: el caso de una enajenación a título gratuito por quien recibe el pago indebido de mala fe a un tercero que actúa igualmente de mala fe.

Obsérvese que dicho párrafo no restringe las consecuencias allí previstas a la onerosidad o gratuidad de la enajenación del bien recibido de mala fe. De este modo, en ambos casos se aplican plenamente las consecuencias del precepto.

En tal sentido, el segundo supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 1270 del Código Civil presentaría los elementos anotados en los literales (a) y (b) del primer supuesto, con la diferencia de la gratuidad como tercer elemento, pero sin que ésta en nada altere las consecuencias jurídicas que serían idénticas en ambos casos.

Por lo tanto, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe. Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios irrogados a quien recibió el pago indebido de mala fe, a dicho tercero adquirente a título gratuito de mala fe, o a ambos solidariamente.

- **Tercer supuesto**

El tercer supuesto de enajenación se halla previsto en el parágrafo segundo del artículo 1270 del Código Civil.

En este supuesto se identifican los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero que actúa de buena fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, la ley civil peruana protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, reconociéndole un derecho de propiedad firme sobre el bien. En consecuencia, quien pagó indebidamente no podrá exigir la restitución del bien. Únicamente podrá accionar contra quien aceptó el pago indebido de mala fe a fin de exigir su valor, más la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso.

1782 Artículo 1270.- Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.
En caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.
Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.

- **Cuarto supuesto**

Por último, el tercer párrafo del artículo 1270 del Código Civil establece el cuarto supuesto de enajenación del bien recibido de mala fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero que obra de buena fe.

(c) La enajenación se realiza a título gratuito.

En este caso, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de buena fe.

Esta norma se fundamenta en claras consideraciones de equidad. El tercero adquiere el bien a título gratuito, vale decir, sin contraprestación, esto es, sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno; en tanto que quien efectuó el pago indebido se halla despojado sin causa de un bien que legítimamente le pertenecía, aun cuando esta situación se haya originado en base a su propia *turpitude*.

Debemos anotar, además, sobre la indemnización de daños y perjuicios, que conforme lo estatuye el artículo 1270 del Código Civil *in fine* «[...] sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe».

Son estos, pues, los cuatro supuestos de enajenación del bien —objeto del pago indebido— por quien aceptó dicho pago de mala fe, previstos por el artículo 1270 del Código Civil peruano.

El citado precepto, al igual que otras normas del capítulo respectivo, resultan creación del Código Civil de 1984. En ellas, el legislador ha tratado de ser lo más minucioso posible al contemplar los supuestos de pago indebido que acabamos de estudiar.

Sin embargo, el sistema adoptado por el Código no pretende constituirse en un reglamento de todas las hipótesis susceptibles de presentarse en la realidad de los hechos. Por ello, al analizar su contenido, también debemos referirnos a otros casos cuya solución se puede derivar lógicamente de los sólidos principios de equidad que inspiran el artículo 1270.

- **Eventualidad de sucesivas transferencias**

Dentro de tal orden de ideas, resulta de interés preguntarse si ante sucesivas transferencias del bien, quien pagó indebidamente puede igualmente exigir su restitución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En opinión nuestra, si el tercero a que se refiere el Código hubiese enajenado el bien objeto del pago indebido en favor de otro adquirente[1783], quien efectuó tal pago indebido podría exigir la restitución del bien, siempre que la enajenación se hubiera efectuado a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe, o a título gratuito y de buena fe, de acuerdo con las consideraciones que hemos anotado al referirnos a enajenaciones de iguales características.

Aun cuando el artículo 1270 del Código Civil no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido, estimamos que sus principios resultan de aplicación a cuantas transferencias pudieran verificarse.

De este modo, quien pagó indebidamente podría dirigirse contra el último adquirente del bien —si fuera el caso—, teniendo en consideración, por un lado, la gratuidad u onerosidad de la enajenación y, de otro, la buena o mala fe, no sólo del adquirente, sino también del enajenante.

En tal sentido, si la onerosidad y la mala fe se encuentran presentes en toda la cadena de sucesivas transferencias, no cabe duda de que quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra el último adquirente del bien, en virtud de su mala fe y no obstante la onerosidad de su adquisición.

Con igual razón, quien efectuó un pago indebido podrá interponer acción de restitución contra el último adquirente del bien, cuando la gratuidad y la mala fe o la buena fe se hallen presentes no sólo en la cadena de las sucesivas enajenaciones, sino también en la adquisición de derechos por este último.

Pero, cuando en dicha cadena alguna o algunas de las adquisiciones se producen de buena fe, y otra u otras de mala fe, debe analizarse cada transferencia, así como su onerosidad o gratuidad, a fin de determinar quién es el obligado a la restitución del bien o, en su caso, a la devolución de su valor.

En lo relativo a la indemnización por los daños y perjuicios, consideramos que quienes reciban el pago indebido de mala fe y quienes adquieran el bien —objeto de dicho pago— a título oneroso o gratuito pero de mala fe se encontrarán obligados de manera solidaria al pago de la correspondiente indemnización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1783 Se considera que la enajenación se efectúa en beneficio de un adquirente, a quien denominamos «otro adquirente». Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se presenten sucesivas enajenaciones y estemos, por lo tanto, ante sucesivos adquirentes.

Restitución de intereses o frutos por pago indebido recibido de buena fe

Artículo 1271.- El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

1. Fuentes nacionales del artículo 1271

El artículo 1271 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; en el Proyecto de Código Civil de 1890; 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.

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba el tema en su artículo 1273: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado restituirá el precio, o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente»; mientras el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1284: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se ocupaba del particular en el artículo 135: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 126: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responderá de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1289: «El

que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responderá de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1238: «El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro de la cosa en cuanto por ellos se hubiese enriquecido».

2. Análisis

La restitución, sin duda, constituye el principal efecto del pago indebido. Esta es la regla, pues la repetición de lo indebido es una aplicación particular del principio general según el cual nadie debe enriquecerse injustamente a costa de tercero.

Sin embargo, la ley civil peruana prescribe consecuencias adicionales a dicho efecto. El artículo 1271 del Código Civil peruano establece los efectos del pago indebido verificado en favor de una persona que procedió con buena fe, disponiendo no sólo la restitución, sino el pago de intereses o de frutos, e incluso el del valor del bien, en caso de pérdida o deterioro, siempre que por tales hechos se hubiese enriquecido.

En adelante, analizaremos cada una de estas consecuencias.

- **Intereses**

Es claro que los intereses a que se refiere el precepto bajo análisis son los legales de naturaleza compensatoria, que se devengan cuando el objeto del pago indebido consiste en capitales.

Obsérvese que el Código Civil establece la diferencia —en el texto del artículo 1271— entre los intereses y los frutos, reconociendo la autonomía que de suyo corresponde a aquéllos.

- **Frutos**

En cuanto a los frutos, conviene precisar que el Código Civil otorga un tratamiento propio a quien de buena fe recibe el pago indebido, disponiendo que el *accipiens* sólo se encuentra obligado a restituir los frutos realmente percibidos[1784].

El fundamento del precepto legal en lo relativo a los frutos tiene como base la regla general de que éstos pertenecen al propietario, productor y titular del derecho[1785].

1784 Debe recordarse que ante un pago indebido recibido de mala fe, el Código Civil prevé una obligación más gravosa. Quien acepta tal pago, conforme lo establece el artículo 1269 del Código Civil, se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos o que debió percibir —vale decir, aunque no los hubiese percibido—, cuando el bien los produjera.

1785 El artículo 892 del Código Civil establece que: «Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los

Resulta evidente que ante la desposesión que supone un pago indebido, mientras no se recupere el bien, el propietario de éste —quien pagó indebidamente— no percibirá fruto alguno. Por ello, la ley civil peruana ha dispuesto no sólo la restitución del bien, sino también la de los frutos.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el artículo 1271 del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo normativo, según el cual «El poseedor de buena fe hace suyos los frutos».

En efecto, quien acepta un pago indebido de buena fe se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos durante el tiempo en que poseyó el bien, no obstante su buena fe. Esto es así por la posesión ilegítima de quien aceptó dicho pago. Adviértase, sin embargo, que dicha posesión se sustenta únicamente en un pago indebido.

Conviene mencionar, además, que sobre la base de lo prescrito por el artículo 895 del Código Civil[1786], cuando la norma bajo análisis hace referencia a los frutos, se entiende comprendidos en ellos a los productos, de suerte que, además de los frutos propiamente dichos, los provechos renovables y no renovables de un bien también son objeto de la restitución.

Por otra parte, cuando el bien objeto del pago indebido no consista en capitales o bienes productivos, el precepto, en cuanto a intereses y frutos se refiere, no resultaría aplicable, de modo que quien hubiese aceptado un pago indebido de buena fe sólo respondería por la pérdida o deterioro del bien siempre que se hubiese enriquecido por estos hechos.

- **Responsabilidad por la pérdida o deterioro del bien. Alcances**

Conforme al artículo 1271 del Código Civil, quien acepta un pago indebido de buena fe responde de la pérdida o deterioro del bien «en cuanto por ellos se hubiese enriquecido», esto es, en tanto tal pérdida o deterioro pudiera haberle significado un incremento patrimonial[1787].

Este beneficio podría configurarse, por ejemplo, cuando el bien objeto del pago indebido se encontrase asegurado y quien aceptó dicho pago recibiera por concepto de su pérdida o deterioro una indemnización; o cuando quien recibe el

derechos adquiridos. Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan».

1786 Artículo 895.- Las disposiciones sobre frutos comprenden los productos si ellas no los excluyen expresamente.

1787 A pesar de ser de una lógica evidente, conviene precisar que cuando la parte final del precepto señala «en cuanto por ellos se hubiese enriquecido», se refiere únicamente a la pérdida o deterioro del bien. La restitución de los intereses o frutos percibidos no está sujeta a restricción alguna, pues aquí el enriquecimiento es obvio.

pago indebido pudiese subrogarse contra un tercero para exigirle, por la pérdida o deterioro del bien, el pago de una reparación[1788].

El último asunto, a modo de comentario final, es el relativo al ámbito de aplicación del artículo 1271 del Código nacional.

Es claro que si un verdadero acreedor, actuando de buena fe, recibe el pago indebido de un tercero y, a través de alguna de las conductas previstas por el artículo 1268, deteriora o deja extinguir su acción contra el verdadero deudor, el artículo 1271 del Código Civil, no le sería aplicable. En tal caso quien pagó indebidamente sólo estaría en aptitud de accionar contra el verdadero deudor o sus garantes, y si la acción del acreedor contra ese verdadero deudor o sus garantes hubiera prescrito, éstos podrían oponer la excepción de prescripción correspondiente.

Situación distinta se configuraría si quien recibe de un tercero el pago indebido con buena fe, siendo titular de una acreencia, no incurre, a través de su conducta, en alguno de los supuestos previstos por el citado artículo 1268. En este caso el artículo 1271 del Código Civil tendría aplicación plena.

Y la misma regla anotada en el parágrafo anterior operaría en la hipótesis de quien recibe el pago indebido de buena fe sin ser titular de derecho alguno por esa prestación contra tercero, es decir, careciendo de una acreencia que, por error, le fue pagada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1788 La pérdida o deterioro del bien puede obedecer a diversas causas. El bien podría perderse o deteriorarse por culpa o sin culpa, pudiendo presentarse, en esta última hipótesis, un caso fortuito o de fuerza mayor o, simplemente, una ausencia de culpa, si se hubiera actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Supuestos de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe

Artículo 1272.- Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

1. Fuentes nacionales del artículo 1272

La *Ley de las Siete Partidas*, Ley 37, Título XIV, Partida Quinta, prescribía lo siguiente: «*Otrosi dezimos, que si aquel a quien fizieron la paga, vendiesse aquella cosa, o la perdiesse, si quando gela pagaron, e aun despues, ouo buena fe en recebirla, cuydando que la deuía auer; si la vendio deue tornar el precio que recibió della, al que gela pago*».

No obstante ello, el artículo 1272 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; en el Proyecto de Código Civil de 1890; 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.

El primer cuerpo normativo que abordó el tema fue el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, que lo hacía en su artículo 1273: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado restituirá el precio, o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente»; en tanto que el Código Civil de 1936 regulaba la materia en su artículo 1284: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente».

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 135: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.— Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 127: «Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 disponía en el artículo 1290 lo siguiente: «Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 prescribía en el artículo 1239: «Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado la cosa a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.— Si la cosa se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados».

2. Análisis

El artículo 1272 del Código Civil peruano contempla algunos supuestos de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe, disponiendo consecuencias diversas en razón al título de la enajenación y a la buena o mala fe del adquirente.

Son cuatro las hipótesis previstas por el referido precepto, las que analizamos a continuación:

- **Primer supuesto**

El parágrafo primero del artículo 1272 del Código Civil regula el primer supuesto de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esta primera hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta ese pago indebido enajena el bien a título oneroso a un tercero que también actúa de buena fe.

En este caso, quien paga de manera indebida podrá exigir la restitución del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo a quien aceptó el pago indebido de buena fe[1789]. Sin duda que esta primera hipótesis, como lo hemos señalado, considera una enajenación a título oneroso. De allí que la ley civil peruana proteja al tercero adquirente de buena fe y obligue al *accipiens* a la restitución del precio o a ceder la acción para hacerlo efectivo.

- **Segundo supuesto**

El segundo supuesto de enajenación del bien objeto del pago indebido recibido de buena fe consiste en que tal enajenación se verifique a título gratuito en favor de un tercero que igualmente actúa de buena fe.

Si el *accipiens* de buena fe enajena el bien —a título gratuito— a un tercero que también procede de buena fe, quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra este último a fin de exigir la restitución del bien.

Adviértase que el tercero, en este caso, adquiere —aunque de buena fe— derechos sobre el bien sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno. Por ello, con arreglo a la equidad, la norma bajo comentario estatuye en su parágrafo segundo la obligación del tercero —adquirente a título gratuito— a la restitución.

En lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, cabe señalar que el tercero adquirente de buena fe y a título gratuito, no responde por los daños y perjuicios irrogados. La norma bajo análisis sanciona la obligación de resarcimiento sólo en los casos en que el tercero adquirente a título oneroso o gratuito hubiera actuado de mala fe.

1789 Aquí es clara la diferencia entre la solución prevista por el segundo párrafo del artículo 1270 del Código Civil y el primer supuesto del artículo 1272.
En ambos casos, el bien será irreivindicable, siempre que sea enajenado a un tercero que actúe de buena fe. No obstante, según lo prescrito por el artículo 1270 del Código Civil, el enajenante de mala fe deberá devolver el valor del bien, y conforme a lo establecido por el primer párrafo del precepto bajo análisis, el enajenante de buena fe deberá devolver el precio, o ceder la acción para hacerlo efectivo.
Debemos precisar que entre el valor del bien y el precio podrían existir diferencias, eventualmente considerables, ya que este último podría ser mayor o menor que el valor del bien.
Asimismo, la restitución del valor del bien supone una deuda de valor, en tanto que la devolución del precio se entiende referida al monto nominal estipulado en el contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Tercer supuesto**

El tercer supuesto previsto en el artículo 1272 es el de una enajenación a título gratuito a un tercero que procede de mala fe. En esta hipótesis se presentan los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe, enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación se efectúa a título gratuito.

En este caso quien pagó indebidamente podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe. Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios que le hubiese irrogado dicho tercero.

- **Cuarto supuesto**

El artículo 1272 del Código Civil establece un último supuesto de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe, enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien efectúa un pago indebido podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe. Adicionalmente, el *solvens* podría demandar a dicho tercero por indemnización de daños y perjuicios.

Como se observa, el tercero y cuarto supuestos originan las mismas consecuencias jurídicas.

- **Eventualidad de sucesivas transferencias**

El artículo 1272 del Código Civil peruano no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido. No obstante ello, consideramos que sus principios serían de aplicación a cuantas transferencias se efectuaran.

De este modo, en el supuesto de sucesivas transferencias del bien, quien pagó de manera indebida podría interponer acción de restitución contra el último adquirente, siempre que la adquisición de su derecho se hubiera realizado a título gratuito y de buena fe, o a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Recuérdese que el Derecho protege al adquirente a título oneroso y de buena fe. En estos casos, quien hubiese pagado indebidamente no podría exigir la restitución del bien; tan sólo tendría acción contra el enajenante, a fin de exigir el pago del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo, y si dicho enajenante hubiese procedido de mala fe, la indemnización de daños y perjuicios correspondiente[1790].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1790 En lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, quienes adquiriesen el bien objeto del pago indebido a título oneroso o gratuito, pero de mala fe, se encontrarían sujetos a la obligación de resarcimiento.

Carga de la prueba del pago indebido

Artículo 1273.- Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada.

1. Fuentes nacionales del artículo 1273

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 29, Título XIV, Partida Quinta, disponía lo siguiente: «*Si aquel a quien fazen la demanda, conoce la paga, diziendo quel fecha verdaderamente, e non por yerro; que estonce el demandador deue prouar el yerro, e si lo prouare, deuele ser tornado lo que pago. Mas si el demandado negasse la paga, e el demandador prouasse tan solamente que la auía fecho, maguer non prouasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pago. Fueras ende, si quisiesse luego prouar, que la paga le fuera fecha verdaderamente*».

Por su parte, el artículo 1273 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 regulaba la materia en su artículo 842: «Si alguno demandase haber pagado por error, la prueba corresponde al demandante si la otra parte asegurase que la paga fue hecha legítimamente. Si el demandado negase la paga, y el actor la acreditase, será compelido a devolver lo pagado, aunque no se pruebe el error».

Por otra parte, la norma no tiene antecedentes en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926.

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordó el tema en su artículo 1271: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el

demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1282: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió»; la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, en el artículo 133: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió»; y el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en el artículo 128: «Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En esta hipótesis, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.— Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquél a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada».

Por último, la materia también fue legislada por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 en su artículo 1291: «Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En esta hipótesis, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.— Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1240: «Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.— Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada».

2. Análisis

El artículo 1273 del Código Civil peruano de 1984 regula la carga de la prueba en el pago indebido.

Dicha norma, acogiendo el principio procesal que reza *onus probandi incumbit ei qui decit* —quien alega un hecho debe probarlo—[1791], establece que la prueba del error, al igual que la del pago —situación esta última ya prevista por el artículo 1229 del Código Civil—, corresponde a quien pretende haber incurrido en él.

De este modo, quien alega haber efectuado un pago indebido deberá probar en primer lugar que ha pagado[1792]. Ello podría acreditarse mediante un recibo o cualquier otro medio probatorio previsto por la ley procesal peruana.

Demostrado el pago, quien pretende haberlo efectuado deberá probar, además, el error con que lo hizo[1793].

Fernando Vidal Ramírez[1794] anota que el error debe ser probado por quien lo invoca y sólo puede hacerlo la parte que incurrió en él.

La demostración del error podría efectuarse a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley. Sin embargo, la prueba del error es ardua, pues ¿cómo probar un juicio equivocado de la mente? ¿Cómo demostrar que se tuvo una creencia errónea de la realidad? En la doctrina son pocos los autores que se pronuncian sobre el tema; no obstante, entre aquéllos que lo hacen hay unanimidad en cuanto a que el error no requiere de una prueba directa de su existencia, sino de una demostración de los hechos que lo determinan[1795].

1791 El Código Procesal Civil peruano dispone en el artículo 196 lo siguiente: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

1792 Recuérdese que el artículo 1229 del Código Civil prescribe que: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

1793 El error, según lo hemos señalado, es requisito *sine qua non* del pago indebido y de la acción de repetición. De allí que quien pretenda la restitución de lo pagado indebidamente deba probar su error. Si el *solvens* no hubiese incurrido en error, dicho pago se entendería como efectuado por cuenta de un tercero o como una donación si careciera de causa que lo legitimara.
Al respecto, Arangio Ruiz (Arangio Ruiz, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 526) anota que el error de quien paga es presupuesto esencial para la procedencia de la acción de restitución por pago indebido. Y añade que si quien paga supiese que no estaba obligado, el pago sería irrepetible por cuanto se consideraría donación.
En este sentido, Eugène Gaudemet (Gaudemet, Eugène. *Op. cit.*, 305) expresa que si a sabiendas se paga lo que no se debe, la prestación se reputará hecha con intención liberal, quedando, por lo tanto, excluida la acción de repetición.

1794 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 172.

1795 Fernando Vidal Ramírez (*Ibidem*, p. 172) señala que la prueba puede recaer sobre los hechos externos que lo hayan producido.
Manuel Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 153), por su parte, sostiene que la prueba del error versará bien sobre los hechos externos que hayan inducido a él, bien sobre determinada conducta del sujeto, la cual implique que quien la observa padece el error que se alegue. Tales datos permitirán deducir si hubo o no error.

En autorizada opinión, Guillermo Lohmann[1796] afirma que en la prueba del error no se trata de convencer al juez de la existencia de un error, sino de demostrarle primero qué es lo verdadero, válido o correcto, y sólo a continuación demostrar el error, esto es, la falta de concordancia entre lo declarado y lo verdadero.

Añade este autor que la prueba del error no debe estar enfocada a poner en evidencia el error cometido; la prueba debe orientarse a demostrar la verdad atinente a aquello que ha sido objeto de juicio equivocado. Entonces el error será la conclusión, no la premisa.

Ahora bien, sobre la base de estas consideraciones, es claro que la prueba del error corresponde al *solvens*, no obstante que el artículo 1273 del Código Civil peruano lo libera de dicha prueba cuando quien recibió el pago negara este hecho, es decir, el haber recibido el bien que se le reclama.

En efecto, si quien recibió el pago indebido lo niega y, por su parte, el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda otra prueba. En este caso, la ley civil revierte la carga de la prueba al *accipiens*, de modo que quien recibió el pago tendría que demostrar que le era debido lo que recibió.

A decir de Manresa, citado por Borja Soriano[1797], quien hizo el pago no puede menos que ser obligado a la prueba del error, a menos que quien cobró negare haber recibido la cosa entregada en pago, en cuyo caso, en consideración a la mala fe que revela dicha negativa, la ley le exime de la prueba del yerro, aunque no de la certeza del pago, cuya prueba viene a destruir la negativa del demandado, dando caracteres de verdad a la reclamación.

Refiere Palacio Pimentel[1798] que la ley transporta la carga de la prueba al *accipiens*, cuando él negase haber recibido lo que se reclama; esto es, el actor está eximido de demostrar el error con que procedió y el *accipiens* o demandado, si quiere liberarse de la repetición, ha de probar que el pago se hizo en virtud a una causa legítima.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el Código Civil presume —*iuris tantum*— el error en algunos de los supuestos del pago indebido. Nos referimos al pago sin causa y al doble pago.

El segundo párrafo del artículo 1273 del Código Civil prescribe: «[...] se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada [...]».

En estos supuestos, la prueba del error es más compleja. De allí que la citada norma presume, admitiéndose la prueba en contrario, el error del *solvens* que cumple

1796 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, pp. 450 y 451.

1797 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 327.

1798 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 599.

ESTUDIO MARIO CASTRO LEYVA

con una prestación que nunca debió o que ya estaba pagada. Debemos precisar, sin embargo, que la presunción del error que atempera la situación del *solvens*, no limita el derecho de quien recibió el pago a probar que la entrega se verificó a título de liberalidad o por una obligación pendiente de pago o por cuenta de un tercero.

Por ello, el artículo 1273 del Código Civil —*in fine*— dispone que «Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada». Así, cuando se ejecuta una prestación que no se debía o que ya estaba pagada, la ley civil presume el error, a menos que el *accipiens* pruebe que el pago se hizo por causa legítima.

Elizabeth Galdo Marín[1799] sostiene que el Código Civil de 1984, considerando que el problema de la prueba del pago, unida a la del error con que había sido hecho, era excesivo y complicado para el *solvens* que lo hubiese efectuado, establece un régimen en virtud del cual, ante ciertas circunstancias, el *solvens* se ve liberado de la prueba.

Por lo tanto, la ley presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, quedando abierto el camino para que el acreedor demuestre que el pago se hizo a título de liberalidad o por causa justa.

Finalmente, precisa señalarse que los términos «demandado» y «demandante», que se emplean en el texto del precepto bajo análisis, no son los idóneos, pues constituyen expresiones propias de la ley procesal. En tal sentido, estimamos que revestiría mayor propiedad hablar de «quien recibió el pago» y «quien pagó», respectivamente, pues no siempre se confrontará un proceso judicial.

Una última anotación. El Código anterior, de 1936, iniciaba el precepto correlativo al artículo 1273, que estamos comentando, con la oración «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado». Pero esta regla general sobre la prueba del pago no constituía, sin duda, una norma privativa del pago indebido. Por ello, su ubicación era, a todas luces, impropia. Lo expuesto determinó que el legislador de 1984 consignara el precepto transcrito, prácticamente sin modificar su texto, en el artículo 1229, en la parte referente a las disposiciones generales sobre el pago.

Queda claro, sin embargo, que tal como oportunamente lo expresamos, quien paga indebidamente asumirá dos cargas probatorias: acreditar que pagó (artículo 1229 del Código Civil) y demostrar que lo hizo por error (artículo 1273 del Código Civil).

ESTUDIO MUÑIZ LOTEYRO

1799 Galdo Marín, Elizabeth. *El denominado pago indebido en el Código Civil de 1984*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil, sustentada en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 232.

Prescripción de la acción por pago indebido

Artículo 1274.- La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago.

1. Fuentes nacionales del artículo 1274

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. Si bien el Código Civil de 1852 legisló la materia en su artículo 2124: «Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado, se prescriben en un tiempo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido», la norma carece de antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; y en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926.

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordó el tema en su artículo 1275: «Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.— Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido»; y el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1286: «Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.— Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido».

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 137: «Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.— Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 129: «La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe al año, a contar del día en que la parte perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a ejercitarla y, en todo caso, a los cinco años de efectuado el pago».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, legislaba la materia en el artículo 1292: «La acción para recuperar lo indebidamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pagado prescribe al año, a contar del día en que la parte perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a ejercitarla y, en todo caso, a los cinco años de efectuado el pago»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1241: «La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago».

2. Análisis

A decir de Fernando Vidal Ramírez[1800], el Derecho no puede limitarse a sólo definir los derechos subjetivos y facilitar, mediante su amparo, el ejercicio de las facultades que constituyen su contenido. Por ello, el ordenamiento jurídico autoriza su defensa mediante la acción judicial y, excepcionalmente, a través de ciertas vías de hecho.

Es por tal razón que a todo derecho subjetivo corresponde una acción que hace posible su eficacia.

En materia de pago indebido, el artículo 1267 del Código Civil otorga al *solvens* la facultad de exigir que se le reponga lo pagado de manera indebida, concediéndole para tal efecto la acción de restitución. El ejercicio de esta acción constituye el atributo que asiste a quien paga de manera indebida de acudir ante los tribunales para que en caso de incumplimiento el *accipiens* le restituya lo que ha recibido en pago.

La acción de restitución, sin embargo, prescribe extintivamente por el transcurso del tiempo. El artículo 1274 del Código Civil peruano regula la prescripción extintiva de la acción de restitución. Es por ello que el transcurso del tiempo presenta en el Derecho, y sin duda en la institución que estamos estudiando, particular relevancia.

Según Valencia Zea[1801], el transcurso del tiempo produce importantes efectos en las relaciones jurídicas: el nacimiento o adquisición de ciertos derechos, la convalidación de los derechos constituidos irregularmente, la extinción de derechos y la prueba de éstos a través del tiempo cuando no pueden acreditarse por su fuente.

Así también lo entiende Vidal Ramírez[1802], cuando señala que el tiempo, o más precisamente su transcurso, constituye un hecho jurídico de capital importancia. Su transcurso influye gravemente en las relaciones jurídicas, dando lugar a la constitución de derechos subjetivos, como en el caso de la prescripción adquisitiva, o a extinguir ya a la acción, como en la prescripción extintiva, o ya a aquélla y al derecho, como en la caducidad.

1800 Vidal Ramírez, Fernando. *La prescripción y la caducidad.* Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 53.
1801 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 305.
1802 Vidal Ramírez, Fernando. *La prescripción y la caducidad. Op. cit.*, p. 11.

La prescripción extintiva —se ha dicho— es uno de los conceptos más necesarios para el orden social, según el cual, en aras de la seguridad jurídica, la inacción del titular de un derecho subjetivo durante el transcurso de un determinado tiempo extingue la acción que le corresponde.

Anota Rubio Correa[1803] que la prescripción es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el derecho que le sirve de base.

León Barandiarán, citado por Vidal Ramírez[1804], refiere que el no ejercitar la acción es lo que la extingue. El transcurso del tiempo señalado por la ley y la inacción del acreedor constituyen las condiciones para que se produzca la prescripción de la acción. Asimismo, el maestro León Barandiarán expresa que el transcurso del tiempo liberatorio para la prescripción da lugar a que al deudor no le sea exigible el cumplimiento de su obligación. Pero que esto no significa, de manera alguna, que se haya extinguido el derecho mismo, sino sólo la acción correspondiente al acreedor.

En efecto, conforme lo establece el artículo 1989 del Código Civil de 1984, «La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo».

Al respecto, precisa Vidal Ramírez[1805] que la prescripción realmente no extingue la acción, ya que el derecho de acudir a los tribunales no cesa por prescripción. Así como careciéndose de derecho sustantivo o material puede plantearse una pretensión que posteriormente sea declarada infundada, del mismo modo puede también ejercitarse una acción ya prescrita, no pudiendo el juez fundar su fallo en la prescripción si ésta no es invocada. La prescripción es, desde su origen, un medio de defensa y opera como excepción para enervar y neutralizar la acción incoada luego de transcurrido el plazo prescriptorio previsto en la ley.

Ahora bien, la acción por pago indebido es una acción personal[1806].

1803 Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. 2.ª edición. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, volumen VII, p. 26.

1804 *Ibidem*, pp. 97 y 98.

1805 *Ibidem*, p. 99.

1806 Tradicionalmente, las acciones se han clasificado en reales y personales, en atención a la naturaleza de la pretensión.
Savigny, citado por Rubio Correa (Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. Op. cit.*, p. 90), señala que el carácter distintivo de las dos especies de acciones consiste en lo siguiente: se llama *in personam* la acción que protege una *obligatio*, y se llama *in rem* la acción que protege cualquier otro derecho que no sea el de obligaciones.
En este sentido, Fernando Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *La prescripción y la caducidad. Op. cit.*, p. 178) indica que la acción real es la que se ejercita en defensa de los derechos que no están en la esfera de los personales. Su concepto inicial está dado por una contraposición al de la acción personal. La acción personal, refiere este autor (*Ibidem*, p. 161), es aquélla que corresponde a las pretensiones que resulten no sólo de derechos creditorios, sino de todos los

Marcial Rubio[1807] afirma, sobre el particular, que el pago indebido produce, en diversas y variadas hipótesis, una obligación de restitución, y la acción referida a este derecho es, en consecuencia, una acción de naturaleza personal.

Moisset de Espanés[1808], por su parte, anota que la acción de restitución era concebida como acción personal en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés, de suerte que si el *accipiens* transmitía la cosa a un tercero de buena fe, el *solvens* no podía perseguirla, y sólo le quedaba como recurso reclamar al *accipiens* por su enriquecimiento.

Solución similar ha sido adoptada por la legislación civil contemporánea.

En el Código Civil peruano —agrega Moisset de Espanés— la naturaleza personal de la acción es clara y la posibilidad de reclamar la cosa cuando ha pasado a manos de un tercero se limita a las hipótesis en que éste actuó de mala fe o la recibió a título gratuito[1809].

Ahora bien, en el Código vigente las acciones personales prescriben a los diez años, conforme al artículo 2001, inciso 1, salvo que la ley las declare imprescriptibles o que ellas no caduquen, como sucede, por ejemplo, en los casos de la acción de nulidad del matrimonio (artículo 276), de la acción declaratoria de filiación matrimonial (artículo 373) o de la acción judicial de declaración de filiación extramatrimonial (artículo 410). En otros casos, el propio artículo 2001 señala plazos de prescripción diferentes respecto a determinadas acciones personales específicas. A modo de ejemplo, el inciso 2 del mismo artículo 2001 dispone que prescribe a los siete años la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado; el inciso 3 fija en tres años el plazo para que prescriba la acción destinada al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral; y el inciso 4, en fin, ordena, entre otros supuestos, que prescribe a los dos años la acción que proviene de pensión alimenticia o la indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

---

derechos subjetivos, de allí que pueda hablarse de acciones mixtas —acciones que combinan pretensiones reales y personales—.

1807 Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. Op. cit.*, p. 174.

1808 Moisset de Espanés, Luis. «Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina». *Op. cit.*, pp. 58 y 59.

1809 Añade Moisset de Espanés (*Ibidem*, p. 59) que en la hipótesis prevista en el primer párrafo del artículo 1272 del Código Civil peruano, «[…] en que ha mediado una transmisión a título oneroso, y el adquirente es de buena fe, el *solvens* solamente podrá pretender subrogarse en el cobro del precio que pudiese adeudar el tercer adquirente, pero no estará facultado a perseguir la cosa.
En el segundo párrafo del mismo artículo 1272 se contemplan los casos en que el tercer adquirente hubiese recibido la cosa a título gratuito, o tuviese mala fe, únicas hipótesis en las que podrá dirigirse en su contra, pidiendo la restitución de la cosa.
De manera concordante, el artículo 1270, en sus párrafos primero y tercero, contempla los casos en que un *accipiens* enajena la cosa a un tercero, y vemos que también allí la acción prosperará cuando este último actuó de mala fe o recibió la cosa a título gratuito. En cambio, si la transmisión fue a título oneroso y el tercero actuaba de buena fe, el *solvens* carecerá de acción contra él, y sólo podrá dirigirse contra quien había recibido el pago indebido (segundo párrafo del artículo 1270)».

La cita de las normas que anteceden tiene el propósito de demostrar que la regla general vigente, respecto a los plazos de prescripción de las acciones personales, que es de diez años, tiene excepciones que la modifican, reduciéndola, en algunos casos, o declarando la acción imprescriptible o no susceptible de caducidad, en otros.

Ante esa variedad de preceptos, respecto a las acciones personales, el Código Civil de 1984 prevé, para la restitución del pago indebido, un plazo de prescripción propio y especial de cinco años.

Este plazo es sustancialmente distinto al que establecía el artículo 1286 del Código Civil de 1936 para exigir la restitución de lo indebidamente pagado[1810].

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 —y lo mismo ocurría con su antecedente inmediato el artículo 2124 del Código Civil de 1852— el plazo de prescripción de la acción para exigir la restitución de lo pagado indebidamente variaba de acuerdo con el plazo de prescripción de la causa que la originaba. La acción de restitución, por lo tanto, no tenía un plazo de prescripción singular porque estaba vinculada al plazo de prescripción que correspondía a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. *Ad exemplum*, si el pago indebido se había efectuado por concepto de indemnización por un supuesto acto ilícito, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los dos años (artículo 1168, inciso 6, del Código Civil de 1936); pero si el pago indebido se había efectuado por restitución en un supuesto contrato de mutuo, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los quince años (artículo 1168, inciso 2, del Código Civil de 1936).

Más aún, el propio Código de 1936 establecía en el inciso 1 del artículo 1168 que la acción real prescribía a los veinte años. Sin embargo, y no obstante que la *actio rei vindicatio*, esto es, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ella no estaba sometida al régimen de prescripción de los veinte años, pues los más autorizados comentaristas del Código de 1936 consideraban, con todo fundamento, que era imprescriptible. Y la razón es muy simple. Sólo podía oponerse a la acción reivindicatoria la usucapión, esto es, la prescripción adquisitiva, que operaba, conforme al artículo 871 del Código de 1936, respecto a los inmuebles, para quien los había poseído como propietario de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos.

La pregunta, entonces, surgía por sí sola. Si se hubiera interpretado que la acción reivindicatoria prescribía a los veinte años, y que la usucapión o prescripción

1810 El Código anterior, como antes se ha expresado, disponía en el artículo 1286 lo siguiente: «Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. Este tiempo se cuenta desde el día del pago indebido».

adquisitiva, sin justo título ni buena fe, operaba a los treinta años, ¿qué hubiera ocurrido durante ese lapso de diez años?

De lo anterior se infería claramente que conforme al artículo 1286 del Código Civil de 1936, la acción para exigir la restitución del inmueble pagado indebidamente, en las condiciones previstas por la última parte del artículo 871 era imprescriptible.

Basta señalar estas consideraciones para concluir, ineludiblemente, que la norma contenida en el artículo 1286 del Código Civil de 1936 no podía prevalecer. Legislar la prescripción de la acción de restitución del pago indebido con tan variadas gamas —desde la prescripción de la acción en un plazo de dos años hasta su imprescriptibilidad— era, a todas luces, inadecuado.

En opinión nuestra, no existe justificación alguna para regular en forma tan arbitraria los plazos en los que deben prescribir las correspondientes acciones de restitución. El pago indebido hace nacer una acción de repetición propia o personal. Su origen es también propio y su plazo debe ser el mismo, con prescindencia del que corresponda a la acción que hubiera originado la obligación inexistente pagada en forma indebida.

Es claro, por tanto, que el plazo de prescripción previsto por el artículo 1274, de cinco años, constituye un supuesto de excepción a los plazos generales de prescripción a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil, y que él se ha instituido en homenaje a la seguridad jurídica.

Esta regla es coherente, por lo demás, con normas de la legislación extranjera, que si bien no establecen preceptos idénticos, acogen los mismos principios.

Así, por ejemplo, el parágrafo primero del artículo 67 del Código Federal suizo de las Obligaciones estatuye que «La acción por causa de enriquecimiento ilegítimo prescribe en un año a contar del día en que la parte lesionada ha tenido conocimiento de su derecho de repetición, y, en todos los casos, en diez años a partir del nacimiento de ese derecho». Por su parte, el Código Civil mexicano dispone en el artículo 1893 que «La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, contado desde que se conoció el error que originó el pago. El solo transcurso de cinco años, contados desde el pago indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución».

Pero debemos analizar, antes de concluir estas palabras, cómo se aplica en los casos en que el *accipiens* opone la usucapión o prescripción adquisitiva.

Rubio[1811] define la prescripción como «[...] un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un

1811 Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. Op. cit.*, p. 15.

cierto lapso (que varía según las circunstancias), y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien materia del caso».

La ley civil peruana, para los supuestos de prescripción adquisitiva, ha previsto plazos específicos en los artículos 950 y 951 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

> Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.
>
> Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.
>
> Artículo 951.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.

A su turno, el artículo 952 del Código Civil de 1984 dispone que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. Y agrega que la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

Del citado artículo 952 se infiere con toda claridad que el bien se adquiere por prescripción por el transcurso del tiempo, y que la sentencia es simplemente declarativa y sólo constituye título para la inscripción de la propiedad en el registro.

En este orden de ideas, en el caso de los bienes inmuebles quien pagó indebidamente siempre podría exigir la restitución, pues los plazos de prescripción son de diez y cinco años, de acuerdo a las normas previstas por el artículo 950. En consecuencia, el poseedor nunca podría oponer la usucapión o prescripción adquisitiva, pues ella operaría posteriormente o, en todo caso, de manera coetánea con la prescripción de la acción de restitución.

Pero en el caso de los bienes muebles la acción de restitución de lo pagado indebidamente sólo podría plantearse dentro de los dos años, si hay posesión continua, pacífica y pública como propietario de buena fe, y durante cuatro años, si no la hay. En otras palabras, la usucapión o prescripción adquisitiva, cuando se trata de bienes muebles, prevalecería sobre el plazo de cinco años previsto por el artículo 1274 del Código Civil para exigir la restitución, pues el poseedor ya habría ganado por prescripción.

La jurisprudencia nacional ha señalado sobre el precepto que estamos analizando que: «No es de aplicación a este caso el artículo 1274 del Código Civil que señala que el plazo es de cinco años para interponer la acción para recuperar lo indebidamente pagado, porque se califica así el pago que no debió haberse hecho, lo que no es asimilable con el supuesto en que la empresa cobre en exceso a los usuarios, que es distinto del pago de lo que no se debe o el pago que no corresponde

ESTELA PLAZO CASTILLO TREVE

a ninguna obligación legal y se ha hecho por error; en este caso sí había obligación de pago, pero de una suma menor, pudiéndose cobrar el exceso por el usuario»[1812].

De otro lado, no resulta ocioso precisar que el plazo de prescripción rige tanto para personas naturales como para personas jurídicas de Derecho Privado y público, tal y como lo determina la Casación n.º 3093-2011-Lima, de fecha 12 de diciembre de 2013, «*Sexto*.- Mediante la sentencia de vista de fojas trescientos cuarenta y siete, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmando la apelada, declara fundada en parte la demanda, tras considerar que si bien nos encontramos frente a un caso de restitución de cobro indebido, dicha figura no se halla regulada dentro de un procedimiento administrativo de reclamo sino inmersos (sic) en las estipulaciones legales del Código Civil, por lo que resultan de aplicación los plazos de prescripción señalados en el citado Código sustantivo, con arreglo a lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del cuerpo de normas precitado; precisa que el plazo regulado por el artículo 1274 del Código Civil corresponde al ámbito del Derecho Privado, esto es, a la relación entre personas que se rigen por este Código, pero en este caso sui generis la demandante es una persona jurídica de Derecho Público, por lo que el plazo se encuadra dentro del inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, teniendo en cuenta que la acción de nulidad de resolución administrativa está comprendida como acción personal. *Sétimo*.- Del análisis de la fundamentación del agravio del recurso de casación de fojas cuatrocientos dos, interpuesto por Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, se advierte que el cuestionamiento de error *in procedendo* que se invoca, se encuentra dirigido precisamente a la conclusión de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de considerar que existe una diferenciación del supuesto de hecho contenido en el artículo 1274 del Código Civil, en virtud a la cual el plazo de cinco (5) años para recuperar lo indebidamente pagado, se encuentra previsto únicamente para las relaciones entre las personas particulares y no para las personas jurídicas de Derecho Público como lo viene a ser la Municipalidad Distrital de San Isidro».[1813]

Finalmente, en la Casación n.º 1221-2020-Lima, de fecha 7 de abril de 2022, observamos cómo la prescripción de la acción no permite accionar la pretensión de pago indebido, «*Sexto*.- Con el Informe N° 164-2009-CG/EA-EE, expedido por la Contraloría General de la República, se advirtieron pagos indebidos otorgados a funcionarios de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos desde el mes de agosto de 1992 hasta el año 2000. Al haberse establecido las fechas exactas de los pagos indebidamente realizados, el plazo de acción para recuperar estos pagos ha excedido más de los 10 años que establece nuestro ordenamiento jurídico

1812 Casación n.º 2303-98-Lima.

1813 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 389. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-3093-2011-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

civil, por haberse presentado la demanda en el 06 de junio de 2012, no resultando cierto que con el Acta de Conciliación N° 23-2011 de fecha 17 de enero de 201 1, se habría interrumpido el plazo prescriptorio, toda vez que ello constituye un requisito previo al interponerse la presente demanda de obligación de dar suma de dinero que se tramita en la vía de proceso abreviado; en consecuencia, esta denuncia también debe ser desestimada».[1814]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1814 Loc. cit. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-1221-2020-Lima-LPDerecho_.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Supuestos en los que el deudor no tiene acción de repetición

Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.

1. Fuentes nacionales del artículo 1275

Dentro de la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 28, Título XI, Partida Quinta, estatuía sobre la repetición del pago de una deuda prescrita lo siguiente: «*Aquel que no es tenudo de cumplir la promission, si pagase el por si o fiziesse lo que prometió, non seyendo apremiado; dende adelante non podría de mandar de cabo, aquello que diesse o que fiziesse*».

En lo relativo al pago efectuado por deberes morales o de solidaridad social, la Ley 35, Título XIV, Partida Quinta, establecía: «*Otrosi dezimos; que las despensas que ome fiziesse en crianca de alguno, que criasse en su casa por Dios, que non las puede despues demandar*».

En lo referente al pago efectuado en razón de un fin inmoral o ilícito, la Ley 49, Título XIV, Partida Quinta, disponía: «*Sabidor seyendo algund ome, que aquel pleyto sobre que fiziera a otro promission, era torpe, e que auía derecho por si parà defenderse de non cumplirlo; si sobre esto fiziesse después la paga, deximos que la non podría demandar; e si la demandasse, non seria el otro tenudo de tornargela*».

Por otra parte, y sobre el mismo tema, la Ley 53 de Partidas, Título XIV, Partida Quinta, establecía: «*Esso mismo seria, si alguno diesse dineros a alguna mala muger, porque yogueisse con ella. Ca, despues que gelo ouiesse dado, non gelos podría demandar, porque la torpedad vino de la su parte tan solamente; porende non los deue cobrar. Ca, como quier que la mala muger faze gran yerro en yazer con los omes, non faze mal en tomar lo quel dan. E porende, en recebirlo, non viene la torpedad de parte della*». Y agregaba que: «*Dineros, o otras donas dando alguna muger que fuesse de buena fama, con entencion que fiziesse maldad de su cuerpo; maguer ella promete de fazer lo que demanda, e rescibe los dineros, o las donas sobre esta razon, con todo esso, si non quiziere fazer lo que prometio, non le puede el otro demandar lo que le auía dado, nin ella es tenuda de gelo tornar*».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1275 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 abordó la materia en su artículo 829: «Todo pago supone una deuda; lo que se ha pagado indebidamente se puede repetir; no hay lugar a la repetición en las obligaciones naturales que se han ejecutado voluntariamente»; en tanto que el Código Civil de 1852 legisló el tema en sus artículos 2126: «No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como la deuda de un menor ó de una mujer casada», y 2127: «Tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, ó por causa de piedad, ó por efecto de entusiasmo, si antes ó en el acto de la entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado ó de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago».

La norma carece de antecedentes en el Proyecto de Código Civil de 1890 y en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925.

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 trataba la materia en el artículo 9 del Título X: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales». El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regulaba el tema en su artículo 1274: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales, ni para obtener un fin inmoral o ilícito»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1285: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin inmoral o ilícito».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 136: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin inmoral o ilícito»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 130: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmoral o ilícito»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1293: «No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmoral o ilícito»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1242: «No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.— Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar».

FONDO EDITORIAL PUCP

2. Análisis

La doctrina y la legislación extranjeras suelen comprender como supuestos del pago sin causa al pago de una obligación natural y al pago para obtener un fin ilícito o inmoral, cuando en éstos ha mediado error. En nuestro ordenamiento jurídico, la *solutio sine causa* no abarca tales hipótesis[1815].

2.1. Pago de una deuda prescrita

El artículo 1275 del Código Civil dispone, en primer término, que no se puede repetir lo pagado en virtud de una deuda prescrita, vale decir, de una obligación natural.

Quien paga una obligación natural, paga lo que es debido. Así, aunque pagara por error, no tendría derecho a la restitución de lo pagado.

El cumplimiento voluntario de una deuda natural produce los efectos liberatorios de un pago válido. En consecuencia, excluye el derecho del deudor a exigir la restitución de lo pagado y otorga al acreedor el derecho de retener lo recibido.

En efecto, las obligaciones naturales, si bien no confieren al *accipiens* la facultad de exigir su cumplimiento coactivo, autorizan a aquél para retener lo que por ellas se hubiese pagado.

Anota Martínez Alfaro[1816] que el acreedor de una obligación natural tiene derecho a retener en su patrimonio lo que se le entregó por concepto de pago, de suerte que el deudor no podrá exigir la restitución de lo que pagó como si hubiera sido un pago indebido. En este caso, el pago es debido y, por lo tanto, válido.

Sobre el particular, enseña Llambías[1817] que el pago espontáneo de la obligación natural es definitivo, quedando excluida la ulterior repetición o devolución, so pretexto de una alegación de ausencia de causa; la causa de ese pago radica en la obligación natural, la cual constituye un título apto para justificar la recepción del pago por parte del acreedor.

El pago de una deuda natural, agrega dicho tratadista, autoriza al acreedor para retener lo recibido en tanto haya mediado la voluntariedad y capacidad del *solvens*[1818].

1815 Recuérdese que la *solutio indebiti* se configura como la categoría jurídica que integra los diversos supuestos del pago sin causa. Entre ellos, sin embargo, no pueden incluirse el pago de una deuda natural, ni el pago en cumplimiento de una causa ilícita o inmoral.

1816 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 378.

1817 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 55 y 56.

1818 El Código de Vélez Sarsfield estatuía en el artículo 516: «El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La voluntariedad, señala Llambías[1819], responde a la espontaneidad con que el deudor cumple la obligación, esto es, sin que el pago pueda atribuirse a estímulos externos al *solvens*. El pago voluntario de una deuda natural no es aquél en el que el deudor tiene plena conciencia de la inexigibilidad del crédito.

En lo relativo a la capacidad del *solvens*, Llambías considera que si el pago emana de un sujeto incapaz, el acto mismo del pago, en cuanto acto jurídico, es nulo, y, por lo tanto, el titular de la acción de nulidad podrá repetir el pago inválido.

A decir de Ospina Fernández[1820], el pago de una obligación natural debe verificarse en ciertas circunstancias, a saber: dicho pago debe ser voluntario, hecho por persona que tenga plena capacidad y debe reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la validez del pago en general.

2.2. Pago para cumplir deberes morales o de solidaridad social

El artículo 1275 del Código peruano es claro al disponer que no hay repetición de lo pagado para cumplir deberes morales o de solidaridad social.

En efecto, aquél que respondiendo a un imperativo de su conciencia ejecuta una prestación sin estar, en estricto Derecho, obligado a su ejecución, paga en cumplimiento de un deber moral y, por lo tanto, no podría reclamar la restitución de lo pagado. Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega a un familiar suyo tratado mal por la fortuna, por quien tiene afecto, una cantidad de dinero o bienes para favorecerlo.

En cambio, quien con fines altruistas, filantrópicos o inspirados en ideas de caridad, ejecuta prestaciones a las que no podía ser conminado judicialmente, paga en cumplimiento de un deber de solidaridad social. La ley, en consecuencia, le impide repetir lo pagado. Ilustraría este supuesto el caso de un hombre bondadoso que entrega una suma de dinero a alguien que se encuentra en una precaria situación económica y respecto del cual no existe siquiera un deber moral que lo vincule.

Así las cosas, es claro que el pago librado a la conciencia individual no autoriza al *solvens* para reclamar la restitución de lo pagado.

2.3. Pago para obtener un fin ilícito o inmoral

El artículo 1275 del Código Civil prohíbe la repetición de lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral.

El fin —señala Vidal Ramírez—[1821] es el motivo determinante de la celebración del acto jurídico. Por esa razón, se entiende la finalidad que el Derecho

1819 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II -A, p. 56.
1820 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 225.
1821 Vidal Ramírez, Fernando. *La prescripción y la caducidad. Op. cit.*, pp. 130 y ss.

reconoce a cada acto jurídico en particular para producir la relación y efectos jurídicos correspondientes.

La licitud es un elemento de validez del acto jurídico, cuya ausencia es causal de nulidad.

El concepto de lo lícito se determina en función de las leyes de orden público y las buenas costumbres[1822].

Martínez Alfaro[1823] expresa que lícito es lo que está de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Para Giorgi, según anota De la Puente[1824], la licitud es la no contrariedad a la ley jurídica o moral. Refiere De la Puente[1825] que la ilicitud del contrato está referida siempre a la ilicitud de su objeto, pues la obligación es el elemento que tiene la finalidad lícita o ilícita. La obligación es el único elemento que, por tener una finalidad, puede chocar con el ordenamiento jurídico. Así, precisa el citado autor, la contrariedad del objeto del contrato —la obligación— a las leyes preceptivas o prohibitivas da lugar a la ilicitud.

El criterio de lo inmoral, en cambio, se determina en función a las buenas costumbres[1826].

Manuel de la Puente[1827] añade que la ilicitud de los contratos está fundada en su ilegalidad —cuando son contrarios a las leyes imperativas—; o en su inmoralidad —cuando son contrarios a las buenas costumbres—.

En lo relativo al derecho de repetición del pago por causa ilícita o inmoral, pueden señalarse tres posiciones en la doctrina y legislación extranjeras.

Una primera posición admite la repetición del pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres únicamente cuando el *solvens* incurre en error. De lo contrario, esto es, si ambas partes han errado, no hay lugar a la repetición.[1828]

1822 Las normas jurídicas pueden clasificarse en imperativas o de orden público, en supletorias o dispositivas y en preceptos de remisión.
Las normas imperativas o de orden público son aquéllas cuya observancia es obligatoria.
Por ser de interés público, los particulares no pueden modificar este tipo de normas, ni eximirse de su cumplimiento. Por ello, los actos jurídicos contrarios a sus preceptos son considerados por la ley civil como ilícitos y, por lo tanto, son sancionados con la nulidad.
Las normas imperativas o de orden público pueden clasificarse, a su vez, en normas prohibitivas (aquéllas que ordenan una abstención) y en normas preceptivas (aquéllas que ordenan la ejecución de un hecho).

1823 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 110.

1824 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 505.

1825 *Ibidem*, p. 512.

1826 El concepto de las buenas costumbres alude a la moral social de un determinado tiempo y lugar, esto es, actitudes, cánones, hábitos comunes a una determinada colectividad.

1827 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 505.

1828 Artículo 795 del Código de Vélez Sarsfield.

Otra posición se inclina por la tesis contraria, admitiendo la repetición del pago hecho por una causa inmoral o ilícita. Milita en ella Pothier, citado por Giorgi, cuando señala que la ley estima ineficaz a las convenciones ilícitas o inmorales, no a los pagos ya efectuados en virtud a éstos. Los preceptos legales que niegan algún efecto a la causa ilícita miran a impedir que lo estipulado se convierta en hechos, pero frente al pago ya efectuado la disposición no tendría ningún sentido, porque la causa ilícita ha producido su efecto; no se trata ya de impedirlo, sino de restablecer el estado anterior, mediante la restitución. En este caso, el pago —añade Pothier— no se presenta como un efecto del contrato ilícito, del que aún se puede impedir la verificación, sino como un hecho ya cumplido, no obstante la prohibición.

Bajo esta perspectiva, Planiol y Ripert[1829] consideran que lo pagado en cumplimiento de una obligación ilícita o inmoral no se debía y, por lo tanto, podrá indiscutiblemente repetirse. Lo contrario significaría consolidar la situación creada por el cumplimiento del contrato ilícito o inmoral.

En igual sentido, Cazeaux y Trigo Represas[1830] expresan que Bibiloni propuso se admitiera la repetición de lo pagado en virtud de una convención ilícita o inmoral, sin atender a la deshonestidad del *solvens*, para eludir así la protección al indebido provecho que de lo contrario obtiene un *accipiens* igualmente deshonesto.

Una tercera posición legislativa prohíbe la repetición del pago efectuado por una causa inmoral o ilícita, confiscando y recuperando para el Estado lo pagado.

Éste es el planteamiento asumido por el Código Civil peruano y otros Códigos extranjeros como el español (artículo 1305), el panameño (artículo 1156) y el mexicano (artículo 1895).

En efecto, la ley civil peruana rehúsa a aquel que ha pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral la acción de repetición y dispone que lo pagado en razón de ellas corresponde a la institución encargada del bienestar familiar[1831].

Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral no legitima al *accipiens* para retener lo que recibió. El artículo 1275 del Código peruano, parcialmente inspirado en lo previsto por el artículo 1895 del Código Civil mexicano, evita que lo pagado para lograr cualquiera de los propósitos indicados quede en poder de quien lo recibió, pues ello resentiría seriamente a la moral y a la justicia.

1829 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 42.

1830 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 531.

1831 El segundo párrafo del artículo 1275 del Código peruano establece: «Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar».

ESTEBAN MARCO CASTILLO FREYRE

En este sentido, lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución que —en opinión generalizada— dedica sus fines a una de las labores más loables de la sociedad, cual es brindar protección al niño y al adolescente en situación de abandono y, subsidiariamente, a la familia que se encuentre en similar condición. La institución a que hace referencia el citado precepto es el *antiguo Instituto Nacional de Bienestar Familiar, hoy Programa Integral Nacional Para el Bienestar Familiar, siempre conocido bajo la sigla de Inabif*[1832].

Queda claro, en suma, que conforme a lo previsto por el artículo 1275 del Código nacional, el pago de una deuda prescrita, por tratarse de una obligación natural que sirve de base a un pago válido, no puede repetirse.

La misma regla opera ante el pago efectuado en cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social. Lo contrario agravaría a los cánones de índole moral y a la equidad.

Y, finalmente, si la ley otorgase al *solvens* la facultad de repetir lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral, reconocería a aquél derechos similares a los que le corresponderían si el pago, aunque indebido, hubiese sido hecho para obtener un fin lícito o moral. Bajo estas consideraciones, la ley civil peruana niega la repetibilidad de lo pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1832 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Reglas de pago indebido para obligaciones de hacer y no hacer

Artículo 1276.- Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

1. Fuentes nacionales del artículo 1276

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 abordado por primera vez en el Perú por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 131: «Las reglas que anteceden se aplicarán, en cuanto fuesen pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no fuese procedente restituir una prestación y a las obligaciones de no hacer.— En estos casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, quedará obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1294: «Las reglas que anteceden se aplicarán, en cuanto fuesen pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no fuese procedente restituir una prestación y a las obligaciones de no hacer.— En estos casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, quedará obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 legisló la materia en el artículo 1243: «Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto

EDICIÓN VANIO CASTILLO TREYRE

sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.— En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe sólo estará obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

2. Análisis

Cuando una persona, por error, presta un servicio o cumple un hecho, o se abstiene de ejecutar una prestación de dar o de hacer, resulta evidente que no puede hablarse —en estricto— del derecho a repetir. Por ello, el artículo 1276 del Código nacional establece que las reglas del pago indebido se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

Así, el artículo 1276 del Código Civil peruano de 1984 resulta novedoso en tanto ningún otro código o proyecto peruano ha regulado este supuesto en los términos expresados.

En opinión nuestra, las normas sobre el pago indebido relativas a las obligaciones de hacer y de no hacer a que se refiere el citado precepto nos remitirían a la definición y efectos de la *solutio indebiti* (artículo 1267 del Código Civil), al pago indebido efectuado a persona que procedió con buena fe (artículo 1268 del Código Civil), a la carga de la prueba del pago indebido (artículo 1273 del Código Civil), al plazo prescriptorio de la acción de restitución (artículo 1274 del Código Civil) y, finalmente, a los supuestos en los que el deudor no tenga acción de repetición (artículo 1275 del Código Civil).

La mencionada regla dispone, además, que el pago indebido de una prestación de hacer o de no hacer faculta al *solvens* para exigir al *accipiens* de buena fe el pago de una indemnización en cuanto por aquél se hubiese beneficiado. En cambio, quien lo recibe como acreedor a sabiendas de que no se debe, esto es, de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Novación
(Artículos 1277 al 1287)

Concepto y consideraciones generales
1. Fuentes nacionales del artículo 1277
2. Análisis

Novación objetiva
1. Fuentes nacionales del artículo 1278
2. Análisis

Actos que no constituyen novación
1. Fuentes nacionales del artículo 1279
2. Análisis

Novación subjetiva por cambio de acreedor
1. Fuentes nacionales del artículo 1280
2. Análisis

Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación
1. Fuentes nacionales del artículo 1281
2. Análisis

Novación por cambio de deudor en la modalidad de expromisión
1. Fuentes nacionales del artículo 1282
2. Análisis

Intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación
1. Fuentes nacionales del artículo 1283
2. Análisis

Novación de obligación simple por otra sujeta a condición suspensiva
1. Fuentes nacionales del artículo 1284
2. Análisis

Novación de obligación y condición resolutoria
1. Fuentes nacionales del artículo 1285
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación de obligación nula o anulable

1. Fuentes nacionales del artículo 1286
2. Análisis

Nulidad o anulación de la nueva obligación. Consecuencias

1. Fuentes nacionales del artículo 1287
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO III
NOVACIÓN

CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

Artículo 1277.- Por la novación se sustituye una obligación por otra.

Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1277

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, disponía que: «*Si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renouase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que daua por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renouamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaría, e fincaría obligados por la debda, también el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serían quitos de la obligación principal*».

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836 consignaba los artículos 27: «Los contratos concluyen o por distracto, ó por novación, ó por error ó por dolo probado, ó por falta de cumplimiento a la condición, ó por ejecución, ó por ejecución de lo pactado ó por confusión»; y 29: «Novación es la finalización de un contrato substituyéndose otro entre las mismas personas, ó diferentes de consentimiento espreso de los primeros contratantes y con la claúsula precisa de quedar concluido el primer contrato, ambos contrayentes al tiempo de la novación han de estar en aptitud de contratar».

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató la materia en sus artículos 865: «La novación es un contrato que quita o desata la obligación de la deuda, por renovamiento de causa o de personas»; y 867: «No puede hacerse novación sino entre personas capaces de contratar. La novación no se presume; es menester que la voluntad de hacerla resulte manifiestamente de la escritura»; en tanto que el Código Civil de 1852, hacía lo propio en su artículo 2264: «La novación es un modo de extinguir una obligación existente, creando otra nueva».

ESTUDIO M. PIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 se ocupaba del tema en sus artículos 2995: «Novación es el modo de extinguir una obligación, creando otra nueva que la reemplaza»; y 2999: «La novación no se presume: es preciso que las partes manifiesten claramente en la nueva convención su voluntad de novar, ó que la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Si no se manifiesta la intención de novar, se reputan coexistentes las dos obligaciones, y la primitiva vale en la parte que no sea opuesta á la posterior, subsistiendo en esa parte los privilegios y seguridades de la obligación antigua»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 265: «La novación no se presume. Es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no que la extinguen».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 abordó el tema en el artículo 244: «Para que haya novación es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen».

Posteriormente, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba la materia en el artículo 1279: «Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal serán consideradas como que sólo modifican la obligación»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en su artículo 1290: «Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva.— Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regía el tema en el artículo 138: «Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 132: «Por la novación se sustituye la primitiva obligación por otra.— Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el

FERNANDO CASTILLO FREYRE

artículo 1295: «Por la novación se sustituye la primitiva obligación por otra.— Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1244: «Por la novación se sustituye una obligación por otra.— Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva».

2. Análisis

2.1. Concepto

La novación es una de las instituciones del Derecho de Obligaciones que, no obstante su antigüedad, aún presenta posiciones doctrinarias encontradas, a la par que diversa regulación en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. A ello obedece, sin duda, el que su estudio continúe siendo de gran interés.

En opinión nuestra, la novación es el medio extintivo de obligaciones que opera mediante la sustitución de una obligación por otra.

Para Pothier[1833], la novación es la sustitución de una nueva deuda por otra antigua, quedando esta última extinguida por aquélla. Por ese motivo, la novación se cuenta entre los modos de extinguir una obligación.

En este sentido, Messineo[1834] señala que la novación es un modo de extinción de la obligación a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva.

De igual manera, expresa Von Tuhr[1835] que la novación es el acto por el que se extingue una deuda antigua creándose otra nueva.

Guillermo Suárez[1836] anota que la palabra novación viene de la voz latina *novare*, que significa cambiar, hacer algo nuevo. Nova una obligación quien la reemplaza o sustituye por otra.

A decir de Demolombe[1837], la novación es la sustitución de una anterior obligación que se extingue, por una nueva que la reemplaza.

1833 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, p. 241.

1834 Messineo, Francesco. *Op. cit.,* tomo IV, p. 401.

1835 Von Thur, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Traducido por Roces. Madrid: Reus, 1934, tomo II, p. 147.

1836 Suárez Suárez, Guillermo. «La novación». En *Serie Tesis presentadas por los alumnos con ocasión de su grado.* Bogotá: Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1943, volumen II, p. 294.

1837 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVIII, p. 156.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A primera vista, la definición de esta institución no parecería revestir dificultad alguna, no obstante no presentar en doctrina un criterio unívoco. Sin embargo, según se comprobará en las siguientes líneas, se ha dicho que la novación supone una simplificación de operaciones, una metamorfosis, una conversión, una transformación, una modificación y una sustitución de la obligación.

Henri, Léon y Jean Mazeaud[1838] indican que la novación constituye una simplificación, ya que —de una sola vez— extingue una obligación para reemplazarla por otra, evitando tener que proceder a dos operaciones sucesivas y distintas: extinción de una obligación, creación de otra diferente.

Bajo una perspectiva distinta, Jacques Dupichot[1839] afirma que la novación es una metamorfosis de la primera obligación y no una extinción seguida de una creación.

En el mismo sentido, Malaurie y Aynès[1840] consideran que la novación extingue la obligación por su metamorfosis, esto es, por un cambio significativo de la obligación originaria.

En opinión de Betti[1841], la novación debe identificarse con el fenómeno de una conversión de la relación por absorción. La extinción del vínculo precedente opera por medio del nuevo negocio, el cual absorbe el objeto de aquél.

En esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda[1842] define a la novación como la conversión de una deuda en otra, con el objeto de extinguir la primera.

Otros autores, en cambio, estiman que la novación importa tan sólo la transformación de la obligación originaria.

Llambías[1843] señala que la novación es un convenio por el cual se extingue una obligación transformándola en otra sustitutiva de la primera.

Recuerda Llambías que el artículo 801 del Código Civil argentino prescribe que «la novación es la transformación de una obligación en otra». Empero, añade que ese concepto no es completo, porque si bien en toda novación hay transformación, no toda transformación implica novación. Debe indicarse, agrega, qué índole de transformación causa la novación de una obligación, y para ello a la idea de transformación hay que agregarle las de extinción y la de creación sustitutiva[1844].

1838 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 458.

1839 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 119.

1840 Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, p. 594.

1841 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, p. 316.

1842 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 193.

1843 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 24 y 25.

1844 Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 247) expresan que el artículo 801 del Código Civil argentino contiene una definición tan esquemática y poco concisa que en nada ilustra el contenido de la novación; consideran, por

La transformación —precisa Llambías— es el cambio de forma, entendiendo por forma, en sentido filosófico, aquello que determina específicamente a una cosa en lo que es, distinguiéndola de otras cosas. En tal sentido, una obligación se transforma cuando se transmite en otra obligación que no se confunde con la primera, pero no es posible llegar a este resultado sin advertir que se ha producido la extinción de la obligación primitiva, así como la creación, en sustitución de ella, de una nueva obligación; y que —como en el mito clásico— el cisne renace de sus cenizas, una nueva obligación ha surgido de la muerte fecunda de la obligación originaria.

Asimismo, parecerían militar en esta línea de pensamiento, Larombière, citado por Demolombe[1845], cuando define a la novación como la transformación, la traslación de una obligación en otra que le es sustituida; y Salvat[1846], quien considera a la novación como la transformación de una obligación en otra. La palabra transformación —precisa Salvat— está tomada aquí en el sentido de sustitución, cambio o reemplazo de una obligación por otra, ya que transformación y sustitución no resultan conceptos incompatibles en la noción jurídica de novación. Cuando las partes no han querido terminar un negocio y dar nacimiento a uno nuevo, sino convertir el primero en el segundo, desobligándose respecto de aquél y asumiendo las obligaciones que éste supone, se dice que transforman una obligación en otra. La sustitución —añade Salvat— constituye el mecanismo legal de la transformación, pues no se llega a la conversión de una obligación en otra, sino reemplazando la obligación que existía por la obligación que se crea.

Lafaille[1847], por su parte, indica que en el Derecho romano la novación significaba una modificación del vínculo, una transformación que dejaba, sin embargo, invariable el objeto de la obligación. El primitivo concepto de novación —precisa Lafaille— sólo denota cambio de una obligación en otra, que más bien se insume dentro de la segunda. No es una obligación que se extingue para dar nacimiento a una nueva, sino una obligación que se modifica, que se transforma, para llegar a convertirse en una obligación nueva[1848].

ESTUDIO MARIO CASTELO PINEYRO

ello, más precisas aquellas definiciones que conciben a la novación como la extinción de una obligación por la creación de otra destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.

1845 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 157.

1846 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo ii, p. 1.

1847 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 330.

1848 Recuerda Demolombe (Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 157) que *transfusio* y *translatio* son los términos en los que se resumía la novación romana.
La novación —señala Demolombe— era una transfusión de la deuda, ya que, por decirlo así, vertía su contenido en otra mediante la estipulación. La novación era también una transferencia del *debitum* en otra obligación en la que subsistía transferido y transfundido.

Refiere Mackeldey que el Derecho romano entiende por novación la transformación de una obligación existente en otra nueva distinta de la primera por su forma.

De igual manera, Lagrange[1849] afirma que la novación es la transformación de la antigua obligación en otra nueva.

Quizá sea ésta la razón por la que algunas de las definiciones anotadas —adoptando un criterio marcadamente romanista— asocian a la novación con la transformación de la obligación.

De similar parecer es Demolombe[1850] cuando afirma que ciertos autores no han evitado el escollo en el que se atascaron sus antepasados, reconociendo por ello en la novación sólo una transformación de la obligación.

A decir de Boffi Boggero[1851], en cuanto a la definición de la novación, parece preferible la que denota la idea de sustituir a la que sugiere la de transformar.

Expresa De Ruggiero, citado por Lozano Berruezo[1852], que la novación moderna no es, por la forma de realizarse ni por la función que cumple, la novación del Derecho romano. La novación, más que un cambio de la obligación supone una auténtica sustitución.

Ésta es, por cierto, la opinión hoy dominante en doctrina: la novación es la sustitución de una obligación por otra.

La jurisprudencia nacional a través de la Casación n.º 941-05-Lima, de fecha 22 de mayo de 2006, ha definido también a la novación de la siguiente manera, «*Quinto*. La novación, concebida en términos generales, constituye una figura jurídica mediante la cual se extingue una obligación existente para crear otra nueva, sea a través del cambio de la obligación primitiva o mediante el cambio de los sujetos activo o pasivo de la relación obligacional. Es necesario precisar que, como institución, la novación encuentra su regulación general en el Código Civil, específicamente en los artículos 1277 a 1287 del citado cuerpo normativo, lo que no impide sin embargo que, por leyes especiales, se establezcan otros requisitos y efectos que puedan derivarse para casos concretos».[1853]

Ahora bien, conforme hemos señalado, la novación es un medio extintivo de obligaciones, no obstante que en el Derecho español puede ser simplemente modificatoria de obligaciones. En efecto, la ley civil española da a la novación

1849 Lagrange, M. Eugenio. *Manual de Derecho romano*. 2.ª edición. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1889, p. 436.

1850 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 157.

1851 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, p. 306.

1852 Lozano Berruezo, C. *De la extinción de las obligaciones. La novación.* Barcelona: Colección Nereo, 1986, p. 86.

1853 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 948. [Texto correspondiente a la tercera edición]

un doble matiz: la novación es una forma de extinguir las obligaciones o tan sólo una forma de modificarlas.

Así, en el Derecho español, la novación puede ser el cambio o la sustitución de una obligación por otra, según el ánimo de las partes sea el de extinguir o modificar la primera obligación.

Sobre el artículo 1277 del Código peruano, Muro Rojo[1854] sostiene que la definición no es completa, habida cuenta de que la novación no se caracteriza por un mero fenómeno de transformación o de cambio, sino que lo más relevante en ella es su efecto extintivo (generador a la vez), por lo que sería más exacto decir que la novación es la extinción de una obligación mediante su reemplazo o sustitución por otra nueva obligación. Debido a esta característica especial —continúa Muro Rojo—, se señala que la novación es un instituto jurídico que puede ser considerado como de «carácter difórmico», en sentido figurado, pues al mismo tiempo que extingue una obligación genera una nueva.

Ahora corresponde expresar nuestra opinión.

La novación es un medio extintivo de obligaciones que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley, y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra.

En este sentido, la novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, los que únicamente tienen por finalidad «extinguir», ya que a través de la novación siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente.

Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera ficticiamente, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente, procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguir la obligación, sino que quieren hacerlo, pero novándola, es decir, cambiándola por otra.

De esta forma, el pago o ejecución se efectuará respecto de la segunda obligación y no de la primera.

Por otra parte, la novación presenta dos facetas claramente identificables, ya que puede producirse en forma objetiva (sea por cambio en la prestación o en el título de la obligación), o en forma subjetiva. En este último caso también podrán presentarse dos características distintas: o que se produzca por cambio de acreedor

1854 Muro Rojo, Manuel. «Novación». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 681.

o por cambio de deudor (tanto en la modalidad de delegación, como en la modalidad de expromisión).

Finalmente, queda en claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

2.2. Naturaleza jurídica

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la novación, precisa anotarse que —a diferencia de lo que ocurre con otras figuras o instituciones jurídicas— el tema tradicionalmente no ha suscitado controversias ni dificultades mayores.

La novación entraña un contrato extintivo de obligaciones, salvo los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal. Esta última tiene rasgos característicos singulares.

Sin embargo, algunos autores consideran que esta figura importa una convención liberatoria.

Así lo entienden Cazeaux y Trigo Represas[1855], al anotar que para ciertos tratadistas la novación es simplemente un contrato, por cuanto concomitantemente extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, pero consideran que es más exacto decir que se trata de una «convención liberatoria», o mejor aún, de un acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato extinguir y crear simultáneamente obligaciones.

En opinión de Ospina Fernández[1856], la novación es un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas, en cuanto soluciona, al igual que el pago puro y simple, una obligación preexistente, y de la naturaleza de los contratos, en cuanto da nacimiento a una obligación nueva.

En tal orden de ideas, precisa señalarse que el Código Civil peruano de 1984 legisla a la novación como un medio extintivo de obligaciones y, como tal, puede calificarse de la manera que enunciamos a continuación.

Por su idoneidad, como un medio no ideal de extinción de obligaciones, por cuanto constituye una desviación en el destino natural de la relación obligatoria. Adviértase que esta figura jurídica —en cualquiera de sus modalidades— importa la sustitución de una obligación por otra.

Por las partes que intervienen, puede ser un medio unilateral de extinción de obligaciones o uno de carácter bilateral, según la modalidad novatoria que se analice.

1855 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 248.
1856 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 430.

La novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, sólo requiere de la voluntad del acreedor y del tercero que se sustituye y se puede efectuar aun contra la voluntad del deudor primitivo (artículo 1282). En este sentido, la novación, desde la óptica de las personas que intervienen en la obligación primigenia, constituye un medio de extinción unilateral.

En cambio, las otras formas de novación, esto es, la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la novación subjetiva por cambio de acreedor y la novación objetiva, exigen del acuerdo entre deudor y acreedor para sustituir una obligación por otra. Por tal razón, estas formas novatorias, desde la misma óptica señalada, pueden catalogarse como medios bilaterales de extinción de obligaciones.

Según la intervención de la voluntad humana, la novación es un medio voluntario de extinción de obligaciones, ya que lejos de operar por mandato de la ley, lo hace en virtud de la voluntad del acreedor o de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con la salvedad de los casos de novación legal.

La novación, sin duda, es una de las vías extintivas de obligaciones que el Derecho auspicia (esta figura se encuentra legislada en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil de 1984). De allí que, conforme al criterio de la normalidad, la novación puede catalogarse como un medio normal de extinción de obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, la novación constituye un medio satisfactorio. En efecto, por la novación, el interés del *accipiens* se satisface mediante el cumplimiento de una obligación nueva y distinta a la originalmente pactada.

A decir de Von Tuhr[1857], mediante la novación el acreedor adquiere, en lugar de la prestación a que tenía derecho, un nuevo crédito contra el deudor, y éste se exime de su deuda sin cumplirla mediante una nueva promesa al acreedor.

De acuerdo con sus efectos, esta figura jurídica no es un medio extintivo de obligaciones en estricto, toda vez que en cualquiera de sus modalidades implica la creación de una obligación nueva que sustituye a otra preexistente. En tal sentido, la novación resulta ser al mismo tiempo medio extintivo y fuente creadora de obligaciones.

2.3. Requisitos

Para que pueda configurarse la novación es necesaria la presencia de los siguientes requisitos[1858]:

1857 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 147.

1858 Sobre este punto, la jurisprudencia nacional ha señalado que: «La novación, conforme a lo dispuesto por el artículo 1277 del Código Civil, es una forma de extinción de la obligación que

2.3.1. Preexistencia de una obligación válida

La novación exige para su validez de la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente[1859].

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[1860], que, si la novación es el reemplazo de una obligación por otra, va de suyo que el primer requisito de este instituto es la existencia de una primera obligación, que habrá de resultar extinguida al procederse a su sustitución, ya que no se puede novar lo que no existe.

Manuel Borja Soriano[1861] expresa que, a falta de obligación anterior, la novación carece de base. No se entiende contraer una obligación sino para extinguir otra.

A decir de Boffi Boggero[1862], este requisito surge por claras razones lógicas. Si no hay obligación anterior que se extinga, habrá nacimiento llano y liso de una obligación, pero estaríamos lejos de la figura *sub examine*.

De igual manera, Suárez[1863] señala que la novación, en cuanto modo de extinguir obligaciones, supone, como condición previa, la existencia de una obligación que pueda extinguirse. Si no existiera un vínculo jurídico anterior, la novación carecería de objeto, ya que no puede extinguirse lo que no existe.

Sobre este punto, la jurisprudencia nacional ha señalado que: «Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación o que la existencia de la anterior sea incompatible con la primera»[1864].

2.3.2. Creación de una nueva obligación

El segundo requisito esencial de la novación es el nacimiento de una nueva obligación que reemplaza a la anterior que se extingue.

consiste en la sustitución de una obligación por otra, siendo la doctrina unánime en señalar como requisitos de la misma: a) que exista una obligación anterior que se extingue, b) una obligación siguiente, que se diferencia de la primera y la sustituya, c) capacidad de las partes interesadas para contratar, y d) voluntad de novar (*animus novandi*)».

1859 Cabe señalar, además, que el cumplimiento de la obligación primitiva debe ser posible. De lo contrario, esto es, si existiese imposibilidad objetiva de cumplir con la prestación originaria, no podría producirse la novación.
La imposibilidad de ejecución del objeto de la relación obligatoria determina su extinción. En tal sentido, no podría pactarse novación alguna, ya que no habría obligación preexistente que sustituir (aquélla estaría extinguida ante la imposibilidad de su cumplimiento).

1860 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 248.

1861 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 614.

1862 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 313.

1863 Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, volumen II, p. 295.

1864 Casación n.° 2535-2002-Puno.

Anotan Planiol y Ripert[1865] que el acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si ésta no nace, la novación no tiene lugar y subsiste el crédito que se pretendía extinguir.

Sin duda, la novación precisa de una diferencia importante entre la obligación que se extingue y la que se crea[1866].

Agregan Planiol y Ripert[1867] que la segunda obligación debe diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de otra. Si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento.

En este sentido, Borja Soriano[1868], citando a Baudry-Lacantinerie y Barde, expresa que la novación supone, por definición, un elemento nuevo. Si no existe diferencia entre la primera obligación y la segunda, no puede haber allí novación, sino solamente reconocimiento de la primera deuda.

Suárez[1869] afirma que la novación requiere que la nueva obligación destinada a reemplazar a la antigua sea en un todo distinto a la primera, que se diferencie fundamentalmente de ella, porque de lo contrario la nueva obligación no es sino confirmación de la primera, y si las dos obligaciones son iguales no hay novación.

Precisa Salvat[1870] que para que exista novación es indispensable que la nueva obligación contenga algún elemento nuevo con relación a la anterior, por ejemplo, si hay un cambio de causa o del objeto de la primitiva obligación (si convenimos que una suma que se tenía en calidad de préstamo continúe en poder del deudor en calidad de depósito, o si convenimos que en lugar de devolverse una suma de dinero que se adeuda, se devuelva una cierta cantidad de mercadería); si hay un cambio de deudor (si convenimos en que la obligación que Pedro tiene pendiente con Pablo, será pagada por Juan); o si hay un cambio de acreedor (si convenimos en que la obligación que tiene Pedro pendiente con Pablo, será pagada a Juan).

Dentro de tal orden de ideas, cabe preguntarnos si cualquier cambio en la obligación primigenia importa novación.

Sin duda, sólo un cambio sustancial en la primera obligación produce novación. Todo cambio que genere una modificación en la esencia de una relación obligatoria supone siempre su extinción y la consecuente creación de una nueva.

1865 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 346.

1866 Desde antiguo, la nueva obligación debía tener algo nuevo respecto a la que se extinguía. A este elemento nuevo los romanos lo denominaron *aliquid novi*.

1867 *Ibidem*, p. 343.

1868 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 617.

1869 Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, volumen II, p. 294.

1870 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, p. 1.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, este cambio —que hemos venido en llamar sustancial— se produce cuando los contratantes de mutuo acuerdo convienen en modificar alguno de los elementos constitutivos de la relación obligatoria, suprimir la condición a que se hallaba sujeta la obligación primigenia o, por el contrario, sujetar la obligación originalmente pura, a una condición, todo ello con las restricciones y límites que, al respecto, contempla el propio Código Civil.

2.3.3. *Animus novandi* o voluntad de novar

Por la novación, una obligación nueva y distinta permite al deudor obtener su liberación y al acreedor satisfacer su crédito. En tal sentido, es claro que esta figura requiera del mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con las restricciones que corresponden a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y a la novación legal[1871].

En opinión de Malaurie y Aynès[1872], desde que la novación entraña la extinción de una deuda y la creación de otra, ella constituye la renuncia a un derecho y, como tal, precisa del acuerdo de partes[1873].

Los Mazeaud[1874] anotan que por implicar la novación la extinción de la obligación antigua y la creación de una nueva, aquélla requiere de la voluntad del acreedor y del deudor en este sentido. Precisan los autores citados que el consentimiento

1871 No en todos los tiempos, sin embargo, el *animus novandi* fue exigido como requisito para la validez de la novación.
En el antiguo Derecho romano, la novación se producía *ex lege*, antes que *ex voluntate*.
Expresa Demolombe (Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 158) que la novación se cumplía por el irresistible poder de la forma legal; no preocupaba la intención de las partes, sino el que hubiesen pronunciado las palabras solemnes de la estipulación.
Refieren los Mazeaud (Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen ii, p. 462), por su parte, que el Derecho romano clásico exigía un nexo material entre ambas obligaciones, en el sentido de que debían poseer el mismo objeto; pero no preocupaba la intención de las partes para crear ese nexo, siendo suficiente con que se hubieran efectuado los actos formalistas que implicaban novación.

1872 Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, p. 597.

1873 Adviértase que importando la novación la renuncia a un derecho, aquélla requiere de la capacidad plena de quienes pretenden novar obligaciones.
Al respecto, Borja Soriano (Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 621) indica que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación, y el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito, ya que renuncia a su derecho primitivo.
Expresa Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 336) que algunos autores consideran que para novar se necesita la capacidad requerida para el pago. Sin embargo, el pago es un acto de administración (nosotros pensamos que en muchísimos casos, el pago es un acto de disposición), en tanto que la novación es un acto de disposición, ya que no solamente importa la extinción de una deuda, sino la creación de una obligación nueva. Así, la novación exige en el acreedor capacidad para renunciar a la deuda primitiva y en el deudor capacidad para constituir la nueva obligación.
A decir de Boffi Boggero (Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, pp. 312 y 313), la gravedad del acto novatorio hace indispensable que el representante voluntario tenga poderes especiales. Así lo exige expresamente el artículo 806 del Código Civil argentino cuando establece: «El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales».

1874 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen ii, pp. 461 y 462.

debe recaer igualmente sobre esa extinción y sobre tal creación, siendo eso lo que se llama *animus novandi*.

Según Lafaille[1875], el *animus novandi* es la voluntad, el propósito de introducir modificaciones en la relación jurídica existente, capaces de alterar la situación de las partes, extinguiendo la obligación anterior para crear una nueva.

La intención de novar debe establecerse claramente, pues de lo contrario se entenderá que no hay novación y, por lo tanto, coexistirán dos obligaciones (la obligación primigenia y la nueva), estando el deudor obligado a efectuar el pago de ambas. Éste es el riesgo que asume el deudor que no exprese con claridad la intención de novar una obligación.

Refieren Planiol y Ripert[1876] que la intención de novar es indispensable, ya que, si el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas; habrá creación de una deuda, pero sin la correlativa extinción de la otra.

Sobre la base de estas consideraciones resulta claro que para que exista novación se requiere que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación. Pero ¿significa esto que los contratantes tienen que declarar expresamente su intención de novar la obligación?

Pensamos que no.

La intención de novar no requiere ser necesariamente expresa, pero sí debe ser indubitable. Y tiene esta calidad cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre *per se* la intención de novar.

Se exige, pues, una manifestación de voluntad inequívoca[1877].

Así lo prevé la ley civil peruana en el segundo parágrafo del artículo 1277: «Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva».

1875 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 335.

1876 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 349.

1877 En opinión de los Mazeaud (Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, 462), no es indispensable que la voluntad de novar haya sido expresada por escrito; basta que resulte claramente de las circunstancias que hayan rodeado a la convención, de modo que los jueces tengan acerca de este punto un poder soberano de apreciación.
En este sentido, Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 350) afirman que la intención de novar no necesita declararse expresamente por escrito, puede ser tácita y deducirse de la naturaleza del convenio o de sus circunstancias exteriores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa línea, la Casación n.º 2535-2002- Puno, de fecha 17 de enero de 2003, señala, «*Sexto*. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación o que la existencia de la anterior sea incompatible con la primera en el caso de autos, no se dan estos presupuestos, pues la deuda anticrética sigue siendo la misma, la cesión de posición contractual no conlleva a la extinción de la obligación, siendo que lo cedido es la calidad de parte deudora en el contrato que ha sido asumida por los cesionarios».[1878]

Precisa Lafaille[1879] que si la voluntad de las partes, en el sentido de novar, no está expresada en la nueva convención, solamente podrá reputarse que existe novación si ambas obligaciones son incompatibles entre sí. Ello, en razón a que la voluntad de novar no se presume[1880].

Borja Soriano[1881] señala que cuando dos contratantes modifican o reemplazan una obligación por otra, para pretender que tal modificación importa novación deben probar que ha habido intención de novar, esto es, que así lo han querido.

A decir de los Mazeaud[1882], la persona que pretenda que un acto constituye una novación está obligada a probarlo. La prueba del *animus novandi* debe ser presentada porque la novación no se presume; hay en esto una regla de prueba, no de forma, y por ello no es indispensable que la intención de novar haya sido expresada por escrito.

Añade Lafaille[1883] que el hecho de que el *animus novandi* no se presuma no quiere decir que la voluntad de novar deba ser siempre expresa. Significa que la

1878 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 948. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1879 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 334.

1880 Refiere Salvat (Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo iii, pp. 21 y 22) que, de acuerdo con los principios consagrados por el Derecho romano en su último estado, adoptados también por el Código Napoleón y los que en él se han inspirado, la novación no se presume.
Según Salvat, respecto al acreedor, este principio se justifica plenamente puesto que la novación implica la renuncia al derecho de exigir el cumplimiento de la primitiva obligación, y la voluntad de renunciar no solamente no se presume, sino que la interpretación de los hechos tendientes a establecerla debe ser restrictiva, siendo necesario, por consiguiente, que esa voluntad surja claramente de la convención o resulte incontestable de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. En cuanto al deudor, su voluntad de contraer una nueva obligación no puede presumirse.
Anotan Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo viii, segunda parte, p. 350) que en virtud del artículo 1277 del Código Napoleón la novación no se presume; por lo tanto, los tribunales no deben fácilmente admitirla, y en la duda más vale establecer la existencia de la antigua obligación al lado de la nueva. Añaden los citados tratadistas que al prescribir la ley que la novación «no se presume», la existencia de la novación sólo se acepta si se prueba, y para ello debemos recurrir al derecho común, puesto que no existe ninguna regla especial sobre los medios de prueba procedentes en caso de novación. En efecto, la prueba de la novación, en tanto acto jurídico, puede efectuarse mediante cualquiera de los medios probatorios permitidos, en nuestro caso, por la ley procesal peruana.

1881 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, pp. 620 y 621.

1882 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen ii, p. 462.

1883 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo iv, volumen i, p. 383.

ley no entra a apreciar la voluntad sino en casos muy especiales, como lo es el de la incompatibilidad entre la primera y la segunda obligación.

Y León Barandiarán[1884] agrega, citando a Salvat, que la voluntad de novar puede bien resultar de una manifestación expresa de voluntad (aunque no precise de términos sacramentales) o de los hechos mismos que revelen que se ha extinguido una obligación para crear otra nueva.

En nuestra opinión, un caso de incompatibilidad de obligaciones que permita suponer la intención de novar podría ser el que seguidamente mencionamos.

Un ingeniero constructor se obliga ante el propietario de un edificio a levantar un departamento en los aires del último piso de dicho inmueble. La construcción original, sin embargo, sólo permite edificar un piso adicional sobre los aires del último piso, razón por la cual sólo será posible construir un departamento más. Antes de iniciarse la construcción del departamento, y a propuesta del dueño del edificio, ambas partes convienen que en dichos aires se construirá un auditorio. Si las partes no han expresado que han querido novar su obligación, esto no será obstáculo para que se entienda que ha habido novación, ya que la existencia de la obligación original —la de construir el departamento— es incompatible con la nueva obligación —la de construir el auditorio—, pues sobre el último piso del edificio solamente se podrá levantar uno más, que podría ser el departamento o el auditorio. Por tal razón, resulta evidente que la obligación de levantar un departamento ha sido novada.

Sobre este punto la jurisprudencia nacional ha señalado que: «En el presente caso, la apelación se sustenta en la afirmación que hace el demandado en el sentido de haber llegado a un acuerdo de novación con la demandante, pero no se ha presentado prueba alguna capaz de acreditar dicha afirmación, por lo que no se ha cumplido con el requisito previsto en el artículo 1277 del Código Civil consistente en que la voluntad de novar deba manifestarse de manera indubitable».[1885]

2.4. Formalidades

El acuerdo mediante el cual acreedor y el deudor convienen en novar una deuda por otra no exige formalidad alguna.

La novación —enseña Giorgi[1886]— no necesita de palabras rigurosas, sino que se contenta con cualquier frase idónea para manifestar la voluntad del acreedor de liberar de la obligación precedente al deudor, aceptando en su lugar la obligación nueva.

1884 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 474.

1885 Expediente n.° 3619-97, Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1886 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, p. 462.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pothier, citado por Demolombe[1887], señala que no es preciso que el acreedor declare en términos formales que él entiende hacer novación; basta que de cualquier manera su voluntad de novar la obligación parezca tan evidente que no pueda ser revocada.

Por otra parte, la novación es un acto que por regla general se celebra consensualmente, vale decir, que no requiere, para su validez, del cumplimiento de formalidad alguna, o, dicho en otras palabras, que el consentimiento se exprese a través de cierta formalidad.

Según expresan Enneccerus, Kipp y Wolff[1888], el contrato novatorio cae bajo el imperio de aquella disposición de forma cuando modifique —entiéndase sustituya o reemplace— obligaciones por razón de las cuales se dictó la disposición que impone la forma.

Sobre el tema, resulta de interés anotar que en el Derecho romano de la época clásica[1889], la novación debía celebrarse mediante una forma solemne: aquélla en la que se había contraído la obligación. Pero por requerir la estipulación de la forma a través de la cual se podía contraer toda clase de obligaciones, ésta se convirtió en la solemnidad que el acuerdo novatorio debía observar.

La extinción de las obligaciones —durante la época clásica del Derecho romano— debía, necesariamente, efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación.

Ortolan apunta que en el Derecho romano la manera de extinguir obligaciones debía ser la misma en la que se habían formado tales obligaciones. Así, al igual que se contraía *per aes et libram*, se disolvía *per aes et libram*; la liberación *verbis* era propia de las obligaciones contraídas por palabras; la liberación *litteris*, de las obligaciones formadas por inscripción en el registro doméstico; y, en fin, la liberación por el solo consentimiento, de las que el solo *consensu* había producido.

Ello determinó que la novación fuese un negocio jurídico formal. La obligación podía sustituirse con otra nueva en su lugar, pero para que se verificara esta sustitución no se podía emplear cualquiera de las formas de obligarse. La novación debía efectuarse mediante la forma en que se había contraído la obligación primitiva.

No obstante, el modo generalmente utilizado para hacer novación fue la forma verbal de la *sponsio* o *stipulatio*, ya que mediante ella se podía extinguir cualquier obligación, reemplazándola con otra nueva contraída *verbis*.

1887 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxviii, p. 159.

1888 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo ii, volumen i, p. 221.

1889 Refiere Eugène Petit que la clasificación de la época clásica es aplicada, en general, al periodo que se extiende del reinado de Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo, y de una manera más especial a los reinados de los Antoninos y de los Severos, es decir, del siglo ii de nuestra era a los primeros años del siglo iii de nuestra era.

En efecto, al ser la estipulación la forma de obligarse en virtud de la cual se podía contraer toda especie de obligaciones no es extraño que fuese éste el medio más usado por los romanos en sus convenciones y, por lo tanto, la forma solemne de la novación.

Mackeldey expresa que la novación debía hacerse, en el Derecho romano, mediante un contrato formal, bien fuese verbal o literal.

Felippo Serafini[1890] afirma que la novación requería de un contrato formal, que por el derecho antiguo era el contrato literal y por el justinianeo la estipulación.

Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet[1891] señalan que la nueva obligación tenía que nacer de una *stipulatio*. Y agregan que posiblemente también podía nacer de una *transcriptio* (contrato *litteris*) mientras estuvo en vigor la institución del *codex acepti et expensi* y la *nomina transcriptitia*.

De igual manera, refiere Lagrange[1892] que «La novación se hace mediante estipulación, pero en el antiguo derecho, antes de caer en desuso los contratos literales, la novación podía también hacerse por las *nomina transcriptitia*».

A decir de Bonfante[1893], la novación debía ser concertada mediante contrato formal. Esta forma, al menos en el Derecho nuevo, no podía ser más que la estipulación.

Juan Iglesias[1894] añade que, según la opinión hoy dominante, para verificar la novación sólo había un medio: la *stipulatio*.

Dentro de tal orden de ideas, recuerda Ortolan[1895] que una de las formas quiritarias de obligarse consistía en una interrogación solemne (*stipulatio*), seguida de una respuesta conforme y congruente (*responsi*). Esta interrogación y esta respuesta utilizaban palabras solemnes y términos consagrados: ¿*spondes*? *spondeo*; de donde se ha dado a esta solemnidad el nombre particular de *sponsio*.

Sobre el tema, anota Petit[1896] que la *sponsio* era una de las formas más antiguas a través de la cual los romanos contraían obligaciones. La *sponsio* consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta del deudor: ¿*Spondere*, *spondesne*? *spondeo*. Pero, a medida que la *sponsio* tomó extensión, el uso

1890 Serafini, Felippo. *Instituciones de Derecho romano. Obligaciones*. Madrid: Espasa Calpe, 1927, tomo II, p. 115.

1891 Arias Ramos, José y Juan Antonio Arias Bonet. *Derecho romano*. Madrid: Edersa, 1986, tomo II, p. 713.

1892 Lagrange, M. Eugenio. *Op. cit.*, p. 436.

1893 Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959, p. 428.

1894 Iglesias, Juan. *Instituciones de Derecho romano. Obligaciones*. Barcelona: Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, 1950, tomo II, p. 129.

1895 Ortolan, M. *Compendio de Derecho romano*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 96.

1896 Petit, Eugène. *Op. cit.*, pp. 320 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de fórmulas consagradas dejó de ser necesario para la validez del pacto, recibiendo esta figura un nombre más acorde con su función, a saber: *stipulatio*. La pérdida de religiosidad y solemnidad de la estipulación hizo de esta figura uno de los medios más usados por los romanos para dar fuerza obligatoria a cualquier clase de convención, incluyendo a la novación.

Agrega Petit[1897] que durante el Bajo Imperio (del año 225 al año 565 de la era cristiana), el acuerdo de partes se perfeccionaba mediante una interrogación que, formulada oralmente por el acreedor, debía resumir con claridad el objeto del contrato, sin importar los términos utilizados.

Con el tiempo —señala Ortolan[1898]— esta forma de obligarse fue accesible a los *peregrini* (extranjeros) y admitió otras especies de interrogaciones, propias del derecho de gentes: *¿promitis? promitto*; *¿dabis? dabo*. Más tarde, desaparece incluso el carácter de la fórmula y hasta el griego era admitido en la estipulación; una de las partes podía interrogar en latín, y la otra responder en griego: bastaba que la interrogación y la respuesta estuvieren conformes, cualesquiera fuesen las expresiones. Éste es el contrato que los romanos decían formado *verbis*.

En cuanto a la formalidad de la estipulación novatoria, refieren Arias Ramos y Arias Bonet[1899] que se desconoce con exactitud las fórmulas en ella empleadas mientras se mantuvo el rigor formal del contrato *verbis*. Pero es evidente que de su peculiar redacción destacaría entonces la figura de la novación de otras estipulaciones aparentemente similares.

La estipulación como forma de la novación, sin embargo, fue dejada de lado durante el Derecho justinianeo.

Demolombe[1900], por su parte, afirma que, liberada la novación de los lazos del viejo formalismo romano, aquélla se convirtió en un convenio como cualquier otro, pudiendo desde entonces actuar su existencia y sus efectos en la voluntad común de las partes.

Según anota Juan Iglesias[1901], decaída la forma —la solemnidad de los contratos *verbis*—, la extinción de la obligación se infiere sin más de la voluntad de novar, esto es, del *animus novandi*: *voluntate solum esse, non lege novandum*. Si falta la intención manifiesta de novar, la *prior obligatio* subsiste, acumulándose a ésta el crédito naciente de la nueva estipulación.

De igual manera expresa Bonfante[1902], en fin, que es necesaria la intención efectiva de novar, o sea, de renovar la obligación anteriormente contraída; y esta

1897 *Ibidem*, p. 334.
1898 Ortolan, M. *Op. cit.*, pp. 96 y 97.
1899 Arias Ramos, José y Juan Antonio Arias Bonet. *Op. cit.*, tomo II, pp. 713 y 714.
1900 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVIII, p. 159.
1901 Iglesias, Juan. *Op. cit.*, p. 130.
1902 Bonfante, Pietro. *Op. cit.*, p. 429.

intención, según lo que el Derecho justinianeo ha establecido, se debe declarar expresamente, pues en caso contrario se entiende constituida la obligación y no simplemente novada la antigua. La novación debe ahora efectuarse *voluntate non lege*.

En el Derecho moderno, y singularmente en el Código peruano de 1984, sería discutible que la novación, en numerosos casos, exigiera, para su validez, del requisito de forma, porque tal solemnidad no está impuesta por la ley, como sí ocurre con otros modos de extinción de las obligaciones, como es el caso de la transacción.

Cabe recordar, por lo demás, que el Código Civil, en su artículo 1413, establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Debemos reparar en que este numeral, si bien menciona a las modificaciones, no alude a las regulaciones ni a la extinción del contrato original.

En tal sentido, podría interpretarse que la regulación del contrato original no requeriría de formalidad alguna en la medida en que las partes no estarían variando sus términos, sino solamente efectuando precisiones en relación con dicho acto jurídico.

Por otra parte, respecto a la extinción del contrato original, el artículo 1413 tampoco ha establecido la necesidad de formalidad especial alguna, razón por la cual podría entenderse que para estos efectos también existe libertad de forma.

Sin embargo, en nuestro medio se ha sostenido la opinión contraria[1903].

Pero la novación nos plantea un problema diverso.

Cuando nos referimos a la modificación de una relación contractual, no estamos necesariamente aludiendo al tema de la novación. Modificar la relación contractual no siempre significa novar las obligaciones en ella contenidas, pues podría tratarse de cambios en las relaciones obligatorias de la naturaleza de aquellas mencionadas en el artículo 1279 del Código Civil, vale decir, de modificaciones accesorias que no generan novación. De esta forma, queda claro que no toda modificación a una relación contractual importa un acuerdo novatorio.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si un acuerdo novatorio implica, necesariamente, la modificación de la relación contractual.

Prima facie podría pensarse que sí. Pero no olvidemos que la novación significa de por sí la extinción de una obligación y la creación de una nueva. Y en materia contractual la novación incluso puede originar la extinción de todas las

1903 Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, pp. 478 y 479) afirma que debe entenderse que el artículo 1413 también comprende a los actos regulatorios o extintivos.

obligaciones del contrato primigenio y su sustitución por otras derivadas de una fuente distinta. Es el caso típico de la novación objetiva por cambio de título.

En el supuesto de que la novación recaiga sólo sobre una de las obligaciones de la relación contractual, se habría producido la extinción de esa obligación y el nacimiento de una nueva, en tanto que las demás obligaciones subsistirían inalteradas. Aquí podríamos hablar de que esa novación implica una modificación de la relación contractual por haberse producido la extinción de una de las obligaciones y su sustitución por una nueva, y, por tratarse de un contrato modificatorio, sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, ya que las modificaciones del contrato original (impliquen o no novación) deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Sin embargo, en el supuesto de un contrato referente a toda la relación contractual y que produzca novación de la integridad de ésta (por ejemplo, una novación objetiva por cambio de título), sería evidente que nos encontramos ante un contrato extintivo y a la vez creador de obligaciones. Tratándose de un contrato extintivo, y sobre la base de lo que hemos señalado, no requeriría seguir la forma prescrita para el contrato original.

Pero, en tanto contrato generador de nuevas obligaciones, tendremos que analizar si esa nueva relación contractual que se crea exige para su nacimiento de una formalidad solemne impuesta por la ley o autoimpuesta por las partes. Si éste fuese el caso, ese nuevo contrato novatorio requeriría seguir esa formalidad. En caso contrario, el contrato novatorio a que hacemos referencia tendría libertad de forma, vale decir, que incluso podría celebrarse con el solo consentimiento de las partes.

En este punto, estimamos pertinente referirnos a la posibilidad de que el tema bajo estudio sea susceptible de vincularse con lo dispuesto por la ley respecto al mutuo disenso.

Entendemos que las doctrinas relativas a la forma del mutuo disenso, cuando la relación contractual que se quiere dejar sin efecto ha requerido de una formalidad solemne para su nacimiento, no resultan aplicables al tema de la novación, por cuanto a través del mutuo disenso lo que las partes buscan es dejar sin efecto la relación contractual, sin pretender la creación de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas extinguidas. Lo único que persiguen es dejar sin efecto las que crearon anteriormente. Por ello, dada la diversa naturaleza del mutuo disenso y de la novación, entendemos que a ambas figuras les son aplicables principios propios y no comunes.

Finalmente, debemos mencionar los principios de la forma en los supuestos de novación subjetiva.

En tales supuestos, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus modalidades: por delegación o por expromisión), la relación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contractual no se modifica, pues el contenido de las obligaciones nacidas del contrato originario se mantiene inalterable. En este sentido, no podría sostenerse que una novación subjetiva implica la modificación de las prestaciones, objetivamente consideradas, del contrato original, razón por la cual descartaríamos la aplicación del principio establecido por el artículo 1413, norma que, lo reiteramos, prescribe que las modificaciones al contrato deben efectuarse en la misma forma prescrita para él.

Claramente, un supuesto de novación subjetiva significa la sustitución de una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones nacidas del contrato originario o, en su caso, de una de las partes en todas las obligaciones nacidas de dicho contrato.

Sin embargo, hacemos la salvedad de que no consideramos a este supuesto como uno de modificación del contrato, pues en la doctrina, y dentro del marco legislativo peruano, sólo se entiende que hay modificación de la relación contractual en sentido objetivo, vale decir, cuando se producen cambios en el contenido de las obligaciones o en las obligaciones propiamente dichas; no así cuando lo que varía es alguna o algunas de las partes de la relación contractual. De esta forma, cuando nos encontramos ante la presencia de figuras tales como la cesión de posición contractual o contrato por persona a nombrar en el que efectivamente se produzca dicho nombramiento, hablaremos de una sustitución de las partes en el contrato (relación contractual), pero no de la modificación del contrato mismo.

No obstante lo señalado, debemos precisar que cuando una de las partes se sustituye en todas las obligaciones nacidas del contrato originario, se produce no sólo la extinción de dichas obligaciones, sino también la extinción del contrato originario y el nacimiento de uno nuevo. Ahora bien, este último (el nuevo contrato) deberá observar la formalidad prescrita por la ley o la autoimpuesta por las partes para su validez, de ser el caso.

Como vemos, el tema de la forma en la novación requiere de principios especiales, en tanto que no le resultan de estricta aplicación aquellos relativos a la forma del contrato.

2.5. Efectos

En adelante vamos a referirnos a los efectos de la novación, que, en opinión nuestra, serían los siguientes en cualquiera de sus formas: objetiva o real (por cambio de objeto o de causa-fuente de la obligación), o subjetiva o personal (por cambio de acreedor o deudor).

2.5.1. Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva

La novación es una operación única de doble efecto, a saber: un efecto extintivo y otro creador de obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A decir de José León Barandiarán[1904], la novación es un instituto jurídico de carácter difórmico, pues de un lado extingue una obligación y de otro lado genera una nueva obligación.

Messineo[1905] considera que la sustitución de una obligación nueva y la extinción de la obligación originaria son efectos interdependientes e inseparables o, mejor, un efecto único, complejo; y, por consiguiente, no tiene sentido preguntarse si se verifica antes la extinción o la sustitución de la nueva obligación.

Héctor Lafaille[1906] expresa que apenas es necesario insistir respecto de que la novación envuelve en primer término la extinción de un derecho creditorio, el cual debe quedar irremisiblemente sin efecto, y al propio tiempo determina el nacimiento de un nuevo nexo obligatorio.

En opinión de Suárez[1907], el objeto y razón de la novación es la destrucción o anulación del vínculo existente, creando en su lugar uno nuevo, ya sea entre los mismos acreedor y deudor, o entre personas diferentes. Añade el citado autor que en virtud de la novación nace una nueva obligación, y la primera desaparece dejando su lugar a la segunda. Pero la extinción de una obligación y el nacimiento de otra no son actos aislados el uno del otro, están íntimamente ligados entre sí. Por la novación nace una obligación porque la otra se extingue; y la primera se extingue porque la nueva nace.

Planiol y Ripert[1908] anotan que no se nova una deuda sino para reemplazarla por otra y no se crea ésta sino para sustituir a la otra.

En efecto, la creación de la nueva obligación tiene por finalidad la extinción de una anterior y viceversa. Por ello, la novación supone la extinción de una obligación por la creación de otra y la creación de una obligación para la extinción de otra preexistente.

Sobre la base de estas consideraciones, podría pensarse que la extinción de la obligación primigenia es causa-fuente de la creación de la nueva obligación. Sin embargo, el nacimiento de la nueva deuda tiene como origen el acuerdo novatorio.

La novación —precisa Lafaille[1909]— tiene por fin inmediato poner término a un derecho y dar nacimiento a otro. Tal es la orientación de la voluntad, del deliberado propósito, que se conoce en doctrina con el nombre de *animus novandi*.

1904 León Barandiarán, José. «En torno a la novación objetiva». *Op. cit.*, p. 3.

1905 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 401.

1906 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 382.

1907 Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, p. 294.

1908 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 352.

1909 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 383.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agrega Lafaille[1910] que el segundo derecho no surge del primero, aun cuando este último suela considerarse como la causa, o, mejor dicho, la fuente del nexo jurídico que subsiste. El nuevo derecho tiene su origen en el acto novatorio, que pone fin a uno para dar vida al siguiente.

Por otra parte, los Mazeaud[1911] señalan que por sus efectos, la novación debe distinguirse de otras operaciones jurídicas; la creación de una obligación nueva entre personas unidas por un vínculo de derecho no constituye una novación cuando subsiste la obligación antigua; tampoco lo es la extinción de una deuda antigua sin creación de una obligación nueva; la simple confirmación de una obligación anterior, o la doble operación por la cual las partes extingan una deuda y creen otra nueva, sin nexo con la anterior, suelen ser —en apariencia— muy parecidas a la novación y no difieren de ésta más que por la intención de las partes.

Ahora bien, Laurent[1912] se pregunta si el efecto de la novación, es decir, la liberación del deudor en virtud de la extinción de la obligación, está subordinado al cumplimiento efectivo de la nueva deuda.

Anota Laurent que generalmente se enseña que no, y no vemos ningún problema en esto, pues es una consecuencia propia de la novación. La extinción de la obligación anterior se produce de manera definitiva y sin depender del futuro cumplimiento de la nueva.

El efecto extintivo y creador de obligaciones de la novación no se verifica, sin embargo, en los siguientes casos:

- Cuando la obligación original se nova por otra sujeta a condición suspensiva y dicho acontecimiento no se produce. Éste es el supuesto al que alude el parágrafo primero del artículo 1284 del Código Civil.
- Cuando la obligación primitiva fuese nula, en cuyo caso no opera la novación. Es la hipótesis prevista en el parágrafo primero del artículo 1286 del Código Civil.
- Cuando la obligación fuese anulable y el deudor, desconociendo el vicio, asume la obligación (a *contrario sensu* del segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil).
- Cuando la obligación primigenia se declarase nula o fuese anulada. Éste es el supuesto previsto en el artículo 1287 del Código Civil.

Por lo demás, tratándose de obligaciones indivisibles y solidarias es menester efectuar algunas precisiones.

1910 *Ibidem*, p. 381.
1911 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 458.
1912 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, pp. 349 y ss.

2.5.1.1. Novación de obligación indivisible

- **Supuesto de pluralidad de acreedores**

Si la obligación es indivisible y el deudor común conviene con uno de los coacreedores en novar dicha obligación, ésta se extingue sólo para el acreedor que participó en el acuerdo novatorio. Esto es, el vínculo jurídico no se extingue respecto de los demás coacreedores (artículo 1179 del Código Civil).

Sin embargo, para que los demás coacreedores puedan exigir al deudor el cumplimiento de la prestación original deberán primero reembolsar al deudor el valor de la parte de la prestación correspondiente al acreedor que novó, o garantizar dicho reembolso. De este modo el deudor que novó parte de la obligación indivisible no asumirá un doble pago.

- **Supuesto de pluralidad de deudores**

Si la obligación es indivisible y el acreedor común conviene con uno de los codeudores en novar dicha obligación, ésta se extingue respecto a los demás codeudores. Sin embargo, en las relaciones entre el deudor que practicó tal acto y sus codeudores, éstos responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. Ello, porque la norma prevista por el artículo 1188 del Código Civil resulta aplicable a este supuesto. Así lo establece el artículo 1181 del Código Civil.

2.5.1.2. Novación de obligación solidaria

A decir de Héctor Lafaille[1913], si la obligación es solidaria y uno de los titulares del crédito nova por acuerdo con el deudor, el vínculo se extingue respecto de los restantes codeudores.

La solidaridad —precisa Lafaille— funciona como si el ligamen estuviera trabado con una sola persona, activa o pasivamente; y es por ello que permite a cualquiera de los interesados comprender a los demás, bien sea para comprometerlos o liberarlos.

En el régimen peruano, sin embargo, los efectos de la novación de una obligación solidaria —según se trate de un supuesto de solidaridad activa o pasiva—, así como las relaciones internas entre quien novó la obligación y sus coacreedores o codeudores, según el caso, se rigen por sus propios principios, que pasamos a detallar.

- **Supuesto de solidaridad activa**

Es claro que, si el deudor y uno de los coacreedores convienen novar la totalidad de la obligación solidaria, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores.

1913 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 395.

Pero, según lo prescrito por el artículo 1190 del Código Civil, en las relaciones internas el acreedor que novó la obligación responde ante los demás excoacreedores por la parte que correspondía a cada uno de ellos en la obligación primigenia. Adviértase que el íntegro del crédito no sólo pertenecía a quien novó la obligación, de allí que los demás coacreedores puedan repetir contra este último.

Este principio se exceptúa, sin embargo, cuando la obligación primitiva se hubiese contraído en interés exclusivo del acreedor que participó en el acuerdo novatorio. En este caso dicho acreedor no responde frente a sus excoacreedores.

Ahora bien, precisa anotarse que si la novación se hubiese limitado a la parte que correspondía al acreedor que participó en el acuerdo novatorio, la obligación sólo se extingue respecto a dicha parte, de suerte tal que el deudor queda liberado únicamente en cuanto a esa parte y continúa obligado frente a los demás coacreedores por la diferencia. Así lo establece el segundo parágrafo del artículo 1190 del Código Civil.

- **Supuesto de solidaridad pasiva**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor común y uno de los deudores sobre la totalidad de la obligación solidaria, libera a los demás codeudores y sólo obliga al cumplimiento de la nueva obligación al deudor que novó la deuda primigenia.

En las relaciones internas, sin embargo, los excodeudores pueden elegir entre cumplir con el deudor que novó por la parte a la que se habían obligado originalmente o por la proporción que les correspondería en la nueva obligación. Ello, en virtud a lo prescrito por el inciso primero del artículo 1188 del Código Civil.

No obstante, si la novación se hubiera limitado a la parte que correspondía a uno de los deudores, la obligación se extingue sólo en cuanto a dicha parte, de modo que los otros codeudores continúan obligados respecto a la parte restante de la obligación original. Así lo establece el artículo 1189 del citado cuerpo legal.

2.5.2. Sobre el destino de las garantías de la obligación novada

Si la novación determina la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte.

A decir de Héctor Lafaille[1914], al desaparecer la obligación preexistente cesan de igual modo las garantías relativas a ella, sean de índole personal o real (fianzas, prendas, hipotecas y anticresis).

1914 *Ibidem*, p. 392.

La ley civil peruana legisla sobre la intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación en el artículo 1283: «En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida [...]».

Esta regla, sin embargo, podría admitir ciertas excepciones, a saber:

(a) Tratándose de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (argumento del parágrafo segundo del artículo 1283 del Código Civil).

(b) Cuando se trate de una novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real prestada por el propio deudor.

(c) Cuando se trate de una novación objetiva con garantía real prestada por el propio deudor (supuesto discutible, que podría constituir excepción en algunos casos).

(d) Cuando los contratantes pactan conservar en la nueva obligación las garantías de la obligación novada (parágrafo primero del artículo 1283 del Código Civil).

(e) En los casos de novación legal, sea que opere de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

En lo relativo a la conservación convencional de las garantías, expresa Lafaille[1915] que el principio según el cual la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias es susceptible de modificarse cuando interviene un pacto expreso. Pero para que dicha salvedad sea eficaz, no sólo ha de ser categórica, sino también manifestada previamente o de manera simultánea a la voluntad de novar.

La ley peruana exige, para estos casos, «pacto expreso». Así lo establece el artículo 141, *in fine*, del Código Civil, al prescribir que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige manifestación expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Precisa anotarse, en adición, que si bien la ley faculta a las partes a conservar las garantías de la obligación primigenia para la nueva —cuando así lo hubiesen pactado—, dicha estipulación sólo resultaría posible en dos supuestos:

1915 *Idem.*

- **Cuando el garante es el propio deudor y no un tercero**

Planiol y Ripert[1916], al comentar el artículo 1278 del Código Napoleón, anotan que la ley parece conceder al acreedor, en términos absolutos, la facultad de conservar, sin el consentimiento de ninguna otra persona, los privilegios e hipotecas de su antiguo crédito, pero tal precepto supone el caso común en el cual el acreedor cuenta con tales garantías solamente sobre los bienes de su deudor, con quien conviene la novación: en este caso la reserva impuesta al acreedor es aceptada por el propietario de los bienes gravados.

En opinión de Lafaille[1917], cuando la garantía hubiera sido constituida por el mismo obligado, el acreedor puede conservar dicha garantía haciendo reserva expresa y aun prescindiendo del asentimiento del deudor, pues el mantenimiento de las garantías, en las circunstancias que regían, no le irroga daño alguno. Así lo dispone el artículo 803 del Código Civil argentino: «La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha».

Adviértase que el régimen peruano requiere para la conservación de las garantías el acuerdo de partes y no solamente una declaración unilateral de voluntad por el acreedor (argumento del artículo 1283 del Código Civil).

- **Cuando las garantías han sido prestadas por un tercero y éste asiente en asegurar el cumplimiento de la nueva obligación**

Si el garante real o personal es persona distinta del deudor, resulta claro que la novación celebrada entre acreedor y deudor libera los bienes que aquél hubiese gravado, o, en su caso, su propia garantía personal. Por esta razón, sólo con su asentimiento podrían conservarse tales garantías.

A decir de Planiol y Ripert[1918], las garantías reales otorgadas por terceros pueden ser conservadas por el acreedor, pero únicamente con el consentimiento del propietario de los bienes que las soporten. El propietario de los bienes gravados tiene un derecho adquirido resultante de la novación realizada para beneficiarse con la liberación de sus bienes; en consecuencia, solamente con su asentimiento pueden mantenerse estas garantías.

Añaden los citados tratadistas que, si los fiadores a quienes liberara la novación, habían consentido en responder por una deuda determinada, como ésta se

1916 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 353.

1917 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 393.

1918 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 353.

ESTUDIO MARIO CASTRO FEYJOO

modifica, es necesario obtener nuevamente su asentimiento, pues en definitiva lo que se les pide es una nueva fianza. Por lo tanto, el acreedor únicamente conservará la acción en su contra si aceptan la nueva obligación.

En opinión de Laurent[1919], si se extingue la primera deuda respecto a la cual los fiadores se habían obligado, la fianza podrá prolongarse en una deuda nueva, sólo en virtud de un nuevo asentimiento de éstos, ya que nadie puede asumir una obligación sin haber aceptado previamente.

Agrega Laurent[1920] que la novación hecha respecto al deudor principal libera a los fiadores, pues considera imposible que la obligación accesoria de la fianza sobreviva a la obligación principal, aun cuando el fiador fuese solidario, ya que su compromiso accesorio cae con el compromiso principal del deudor.

No obstante lo señalado, Laurent estima posible que el acreedor y uno de los fiadores solidarios acuerden novar la obligación primitiva, pues el fiador es libre de cargar con la deuda al novarla, y si bien ni la ley ni la doctrina han previsto su solución, ella no reviste dificultad alguna, ya que la deuda se extinguiría para el deudor principal y los cogarantes, en tanto que el fiador que novó la deuda responderá frente al acreedor respecto del nuevo crédito.

Lafaille[1921], por su parte, anota que el artículo 811 del Código Civil argentino prescribe que: «La novación entre el acreedor y los fiadores, extingue la obligación del deudor principal», y que, al respecto, la nota de este Código señala que el garante puede pagar por el deudor principal, y de igual manera, novar la deuda, con lo cual ella deja de existir.

En efecto, si el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor y uno (o todos) los fiadores, tiene por finalidad sustituir la obligación originaria por otra, tal novación afectará al deudor principal y, de ser el caso, a los demás fiadores. De lo contrario, esto es, si el objeto de la novación fue únicamente liberar a uno de los fiadores, los demás fiadores —y evidentemente el deudor— continuarán obligados frente al acreedor. Cabe advertir, sin embargo, que, si la liberación efectuada en favor de uno de los fiadores no cuenta con el asentimiento de los otros, ella aprovecha a todos los fiadores, hasta donde alcance la parte del fiador en cuyo favor se efectuó tal liberación.

2.5.3. Sobre los accesorios de la obligación novada

Expresan Planiol y Ripert[1922] que el efecto extintivo de la novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios.

1919 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 253.

1920 *Ibidem*, p. 351.

1921 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 393.

1922 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 352.

Laurent[1923] indica que la novación extingue la deuda anterior con los accesorios que le corresponden, efecto común a todos los modos de extinción de las obligaciones. Pero agrega que hay una diferencia considerable entre la novación y los otros modos extintivos de obligaciones: en el momento en que la deuda anterior se extingue, nace una nueva deuda, que ocupa el lugar de la anterior, deuda que —en principio— es un crédito puro y simple, ya que ésta no tiene necesariamente la naturaleza, privilegios, accesorios, garantías o efectos de la obligación que se extinguió.

Héctor Lafaille[1924], a su turno, precisa que cuando desaparece la obligación preexistente no subsiste ninguno de los accesorios, de suerte que esta consecuencia se extiende a los privilegios, intereses y cláusulas penales.

Para Jorge Eugenio Castañeda[1925], son efectos de la novación:

- Que los intereses producidos por la deuda novada dejen de correr.
- Que los intereses devengados no sean debidos, por cuanto se extinguen[1926].
- Que concluyen los efectos de la mora; no sólo los efectos que se producirían en el futuro, sino los que ya la mora hubiera generado.
- Que se extinguen los efectos de la cláusula penal; y si la cláusula penal ya fuera exigible por el retardo en el cumplimiento de la obligación, con la novación la cláusula penal resultaría inexigible.
- Que los privilegios de la primera obligación terminan, sin poder ser trasladados por la novación a la segunda obligación.

  Los privilegios —señala Castañeda— son creados por la ley; no pueden ser extendidos análogamente; son atribuidos a determinados créditos en razón de la calidad y naturaleza de éstos; por tanto, las partes no los pueden crear ni trasladar a otros créditos a los cuales la ley no los concede.
- Que las excepciones susceptibles de deducirse contra el acreedor en virtud de la primera obligación novada, no pueden ser opuestas a dicho acreedor al exigir éste el cumplimiento de la segunda obligación.

1923 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, p. 349.

1924 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 392.

1925 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo iii, pp. 233 y 234.

1926 Discrepamos de Castañeda en este extremo, ya que si bien la deuda de intereses requiere para su nacimiento de la existencia previa de una obligación principal —de la cual aquélla es accesoria—, a partir de entonces adquiere autonomía. Por ello, la extinción de la obligación principal no conlleva la extinción de la deuda de intereses. Esta última constituye, en opinión nuestra, una excepción al principio que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5.4. Sobre las obligaciones de saneamiento

Si las partes acordasen novar el objeto de la obligación primigenia por otro y éste tuviera vicios ocultos o se perdiese por evicción, cabría preguntarse qué derechos asisten al acreedor.

Por entrañar la novación un contrato extintivo de obligaciones, es claro que el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la obligación original. Sin embargo, siendo la novación un contrato al que son aplicables las normas referentes al saneamiento, sin lugar a dudas asistirá al acreedor el derecho a ser indemnizado por los vicios ocultos que el nuevo bien presentase al momento de la transferencia o por evicción.

Si el crédito anterior se ha extinguido definitivamente por novación, evidentemente las relaciones entre deudor y acreedor se determinan por la nueva deuda. Esto es, si *Primus* debe a *Secundus* una tonelada de arroz y ambos acuerdan novar la deuda sustituyendo su objeto por una tonelada de azúcar, las cuestiones relativas al saneamiento sólo recaerían sobre el nuevo objeto de la obligación y no sobre el primero.

2.5.5. Sobre la teoría del riesgo

Luego de haberse pactado la novación, los alcances del artículo 1138 del Código Civil —que recoge la teoría del riesgo— sólo serían aplicables, sin duda, ante la eventual pérdida del bien objeto de la nueva obligación hasta antes de su entrega.

Adviértase que, si se ha producido la novación, la pérdida del bien objeto de la primera deuda (ya extinguida) no afectaría a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar el artículo 1138 del Código Civil.

2.5.6. Sobre el reconocimiento de las obligaciones

Si luego de haberse celebrado un acuerdo novatorio se presentara un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, dicho reconocimiento sólo podría recaer sobre la nueva deuda y no sobre la primigenia ya extinguida.

Aquí también remitimos al lector a los comentarios anotados por nosotros al analizar el artículo 1205 del Código Civil.

2.5.7. Sobre la cesión de derechos

En lo relativo a la transmisión de las obligaciones mediante cesión de derechos, precisa anotarse que, luego de producida una novación —en cualquiera de sus formas—, el acreedor sólo podría ceder a un tercero cesionario su derecho de crédito sobre la nueva obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Remitimos al lector, asimismo, a nuestros comentarios sobre los artículos 1206 y siguientes del Código Civil.

2.5.8. Sobre los efectos generales de las obligaciones

Es claro que luego de haberse pactado la novación, los alcances de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil resultarían aplicables a la nueva relación obligatoria y no a la anterior.

2.5.9. Sobre el pago y sus diversas formas

Si el crédito original se extingue definitivamente por novación, la única obligación exigible es la nueva deuda resultante del acuerdo novatorio. Por esta razón, todas las disposiciones generales del pago y aquellas especiales que rigen el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación y el pago indebido, son aplicables a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Ver, sobre la materia, los comentarios que efectuamos en relación a los artículos 1220 y siguientes del Código Civil.

2.5.10. Sobre otros medios extintivos de obligaciones

Si luego de producida la novación, acreedor y deudor quisieran recurrir a un medio extintivo de obligaciones distinto al pago, bien podrían compensar, condonar, transigir o convenir mediante mutuo disenso la extinción de la deuda. Tales actos, sin embargo, siempre deberán referirse a la nueva obligación surgida del acuerdo novatorio.

En lo referente a la consolidación, precisa señalarse que si se hubiese producido un acuerdo novatorio y el cumplimiento de la nueva obligación subsistiera, la consolidación operaría si se confundieran en la persona del deudor o del acreedor de la nueva obligación (nacida de dicho acuerdo) las calidades contradictorias de acreedor o de deudor, respectivamente.

Por otra parte, y en lo relativo a la dación en pago, anotaremos que, aun considerando que al celebrarse una dación en pago se está concertando —en rigor— una novación objetiva, las partes que hubiesen novado la obligación podrían luego celebrar un nuevo acuerdo novatorio o de dación en pago (lo que en buena cuenta significa lo mismo), para sustituir el objeto de la nueva obligación por otro, o para sustituir al acreedor o al deudor.

2.6. Novación legal

2.6.1. Consideraciones generales

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO & REYNA

obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes[1927].

La presencia del *animus novandi*, se desprende del artículo 1277 del Código Civil peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

1927 Incluso, uno de los autores de este tratado, en una anterior investigación (Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.*), analizando un artículo del Código Civil, llegó a la conclusión de que al no estar presente «el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación», se inclinaba por negar la existencia de la novación legal.
No obstante, en una investigación posterior (Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa. Op. cit.*, y, posteriormente, en *La venta de bien ajeno. 20 años después.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010) opinó lo contrario, concluyendo en la existencia de la novación legal.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, es que exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución de la obligación el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta determinante para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Éste sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde —antes de su entrega— por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor —por mandato de la ley— se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando a falta de previsión por las partes deba aplicarse una disposición determinada. Éste sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que, si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

2.6.2. Clases de novación legal

2.6.2.1. Novación legal que opera de pleno derecho

El Código Civil peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que opeŗan de pleno derecho, los que pasamos a analizar[1928].

2.6.2.1.1. Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral

El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

1928 Por la naturaleza de este estudio dejaremos de lado la novación legal en otras áreas del Derecho, para analizar únicamente los casos más visibles y representativos previstos por el Código Civil, sin que dicha enumeración signifique, en modo alguno, agotar los supuestos que acoge la ley civil.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2.6.2.1.2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, que debe ser esencial, de suerte que si el deudor ha contraído una obligación modal —producido el supuesto de hecho de la norma—, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse —en virtud de un mandato legal— una obligación modal esencial (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

2.6.2.1.3. Derecho de acrecer del colegatario

De acuerdo con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. No existe pues la *res nullius*, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

2.6.2.1.4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia, aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

En estos casos nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado artículo, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que hubo novación objetiva en relación con las personas mencionadas.

2.6.2.1.5. Efectos de la insolvencia de un codeudor

Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda que finalmente es asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario, aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6.2.1.6. Pago con títulos valores

De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1233.

2.6.2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias

De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

2.6.2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe

El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1270, en caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien más la indemnización de daños y perjuicios.

Consideramos que la hipótesis del segundo parágrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

2.6.2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible

De conformidad a lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Se trata de un supuesto de novación objetiva en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, que se convierte de solidaria en mancomunada, y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

2.6.2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo (que recién habría sido anticonstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993 —*materia discutible*—) franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro[1929].

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación tales como los casos de prórroga a plazos sustanciales de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de éstos, supuestos que sin lugar a dudas, constituirían novaciones objetivas de carácter legal.

1929 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2.6.2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

2.6.2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato

El artículo 1460 del Código Civil prevé que, si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero —si éste desea beneficiarse con ella— y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

2.6.2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472, en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisario, sino a transferírselo él mismo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisario, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisario tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisario.

Manuel de la Puente[1930], refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

> Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato.

Pensamos que, al aludir a la conversión legal, De la Puente pudo haberlo hecho en dos sentidos:

i) En el sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra, lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para De la Puente un contrato innominado) en una compraventa.

   Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término «conversión» en este campo tiene otro significado.

ii) En el sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para aclarar conceptos, debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil peruano de 1984, que derogó al Código de 1936, hubo una ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico, respecto de la cual se redactó una ponencia sustitutoria por Shoschana Zusman Tinman y Manuel de la Puente y Lavalle. En el Título Sexto de esta ponencia, referida a la convalidación de los actos jurídicos, capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

> Artículo 38.- El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto,

1930 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, pp. 441 y 442.

> respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas la habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron.

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, Zusman y De la Puente[1931] expresan los fundamentos de su ponencia y las características que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Exigencia fundamental de la conversión es que el acto celebrado por las partes sea nulo. Pero ese supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto plenamente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no presentarse el requisito esencial para que opere la conversión ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los ponentes del anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían aplicables[1932].

Por ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo del artículo 1538 esgrimido por De la Puente y descartaríamos el segundo, por no corresponder al presupuesto del artículo 1537.

Esto nos conduce a ratificarnos en que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal por cambio de título y no una conversión legal (en sentido jurídico).

2.6.2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regiría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de

1931 De la Puente y Lavalle, Manuel y Susana Zusman Tinman. *Op. cit.*, tomo II, pp. 76-78.

1932 Tales requisitos son, a saber:
- Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.
- Que si, hipotéticamente, las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y habrían celebrado el nuevo tipo.
- Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.
- Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquél que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el artículo analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, en forma incoherente, se convertiría en uno de promesa de obligación o hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

2.6.2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado por parte de los herederos del comodatario

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí, simplemente, el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

2.6.2.1.16. Supuesto de depósito irregular

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

2.6.2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que, si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877 bajo comentario que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato y ya no en el plazo antes vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio, siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

2.6.2.1.18. Prescripción extintiva

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo, en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

ARTURO MANO CASTILLO FREIRE

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770 podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

2.6.2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial

En opinión nuestra, la novación legal se produce por declaración judicial cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva obligación emanan de una resolución judicial.

En este sentido, serían supuestos de esta forma de novación los que anotamos en las siguientes líneas.

2.6.2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación

De acuerdo con el artículo 108 del Código Civil, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar a los tribunales civiles la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, o la modificación del fin fundacional, cuando por el transcurso del tiempo haya perdido el interés social a que se refiere el artículo 99.

En ambos casos, tal vez con mayor claridad en el primero, se produciría una novación judicial, ya que a través de la resolución que expidiera el Tribunal Civil se podrían ampliar o modificar (novar) los fines fundacionales.

2.6.2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita

Según lo prescrito por el artículo 129 del Código Civil, de no ser posible la inscripción del acto constitutivo de la fundación a que se refiere el artículo 127 del mismo Código, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Aquí nos encontramos ante otro supuesto de novación judicial, debido a que el artículo que le da sustento, vale decir el 127, no trata necesariamente de una imposibilidad absoluta que genere que la fundación no llegue a inscribirse. Esto, debido a que el propio artículo 127 emplea los términos «Si por cualquier causa [...]».

Por otra parte, es novación judicial debido a que quien decide la afectación de los bienes es la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación.

2.6.2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges

En virtud a lo establecido por el artículo 330 del Código Civil, la declaración de quiebra de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el Registro Personal de oficio, a solicitud del fallido, de su cónyuge o del síndico.

Sin lugar a dudas, éste es un supuesto de novación legal objetiva, referido a las obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las que se sustituirán por aquéllas concernientes al régimen de separación de patrimonios.

2.6.2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos

De conformidad con el artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, y considerando que las consecuencias de la separación de cuerpos derivan de un proceso, estaríamos en presencia de novación legal de un número indeterminado de obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las que se sustituyen por las relativas al régimen de separación de patrimonios (ya que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial).

2.6.2.2.5. Adopción

El artículo 377 del Código Civil dispone que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En tal sentido, estaríamos en presencia de una novación judicial subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor, en la medida en que el hijo continuaría siendo la misma persona, con la salvedad de que sus deberes y derechos de orden patrimonial estarían ahora referidos a su padre, madre o padres adoptivos, en vez de a sus padres biológicos, con quienes ya no lo uniría vínculo jurídico alguno de naturaleza patrimonial (como, por ejemplo, la obligación alimentaria).

2.6.2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia

Conforme al artículo 484 del Código Civil, el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

Un supuesto de tal naturaleza requiere de resolución judicial autoritativa.

La obligación alimenticia, en principio, debe cumplirse en dinero, pero diversas circunstancias podrían determinar que el obligado considere más factible cumplirla en especies (como, por ejemplo, si fuese empleado de una fábrica de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comestibles que por encontrarse en difícil situación económica acordara con sus trabajadores pagarles con los alimentos que produce).

Éste sería un supuesto de novación judicial de carácter objetivo.

2.6.2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder

En virtud de lo establecido por el artículo 671 del Código Civil, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, el resarcimiento a que está obligado quien actúa de mala fe se regirá por la segunda parte del artículo 666, norma que establece la obligación de resarcir el valor del bien y de sus frutos y a indemnizar el perjuicio ocasionado.

Consideramos que el artículo 671 citado constituye un supuesto de novación judicial objetiva, pues la obligación de devolver el valor del bien enajenado, los frutos e indemnizar el perjuicio ocasionado, de ser el caso, sustituye a la obligación originaria de devolver el bien hereditario, la que aún resultaría jurídicamente posible, a pesar de las dificultades prácticas que ello importaría.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un supuesto de novación judicial, pues la exclusión del indigno, que determina el nacimiento de las obligaciones anotadas, se declara por resolución de los tribunales.

2.6.2.2.8. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado

De conformidad con lo establecido por el artículo 1110 del Código Civil, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

Como se aprecia, en este caso la resolución judicial que ordena el cumplimiento inmediato de la obligación principal nova la obligación originalmente modal por una pura y simple. En tal sentido, estaremos en presencia de una novación objetiva.

2.6.2.2.9. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor

En virtud a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

defectuoso de la obligación obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues éste tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

La mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

Asimismo, debemos señalar que si el acreedor, aun siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación.

2.6.2.2.10. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad

De acuerdo con lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En este caso, como resulta evidente, no media incumplimiento alguno de las partes, ya que la excesiva onerosidad de la prestación se origina en hechos ajenos a la voluntad de éstas.

De lograrse cualquiera de las opciones mencionadas —claro está, a través de una resolución judicial—, se produciría una novación judicial objetiva.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6.2.2.11. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz

En virtud de lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

El artículo 1977 agrega, sin embargo, que, si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Aquí podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

2.7. Diferencias y semejanzas entre la novación y otras instituciones jurídicas

Consideramos conveniente anotar algunas ideas acerca de las diferencias y semejanzas existentes entre la novación y otras figuras afines, tales como la cesión de derechos, la cesión de posición contractual, el pago con subrogación, la confirmación del acto jurídico, el reconocimiento de las obligaciones, la transacción y el mutuo disenso.

2.7.1. Con la cesión de derechos

2.7.1.1. Diferencias

- La cesión de derechos es una forma de transmisión de las obligaciones (artículos 1206 a 1217 del Código Civil peruano de 1984). La novación es un medio extintivo de obligaciones.
- Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277). La cesión de derechos es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto (artículo 1206). Esto equivale a decir que en la novación necesariamente deben existir dos obligaciones (la original y la que la sustituye), mientras que en la cesión de derechos sólo estamos en presencia de una obligación: aquella sobre la cual el acreedor cede el derecho de exigirla a un tercero.
- La cesión de derechos es un acto formal, ya que debe ser celebrado por escrito, bajo sanción de nulidad (artículo 1207). La novación, en principio, es un acto consensual.
- La cesión de derechos es un acto que puede realizarse de manera bilateral, ya que no se requiere del consentimiento del deudor cedido (argumento del artículo 1206). La novación es un acto que bien puede efectuarse en unos casos de manera bilateral (novación objetiva, artículo 1278), o unilateral (novación

subjetiva en la modalidad de expromisión —la que puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo—, siempre, como ya lo hemos señalado, desde la óptica de las personas intervinientes en la obligación primigenia); pero que en otros requiere del asentimiento de tres sujetos. Son los casos de la novación subjetiva por cambio de acreedor, en la que además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, se requiere del asentimiento del deudor (artículo 1280); y de la novación subjetiva por delegación, que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (artículo 1281).

- La cesión de derechos no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor (artículo 1210, primer párrafo). Respecto de la novación, el Código no establece un precepto similar, pero —por razones de simple lógica— resulta evidente que esas excepciones (salvo la prohibición legal) no podrían regir para el caso de la novación objetiva, sino sólo para los supuestos de novación subjetiva.

- La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211, primer párrafo). Cuando se produce una novación, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en la novación subjetiva por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (artículo 1283). Y las garantías sí se transmiten, según hemos visto, en los casos de novación legal.

- En la cesión de derechos, el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto (artículo 1212). En cambio, ninguna de las normas relativas a las diversas modalidades de la novación subjetiva establece esta obligación para el acreedor originario. Aclaramos, sin embargo, que la novación, por su naturaleza, exige la preexistencia de la obligación primigenia, mas no su exigibilidad.

- El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto (artículo 1213). En cambio, en ninguno de los preceptos referentes a las diversas modalidades de la novación subjetiva se establece esta obligación para el acreedor originario.

- La cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). La novación subjetiva por cambio de acreedor produce efectos desde que se produce el

FONDO EDITORIAL THEMIS

asentimiento de las tres partes que la originan (acreedor sustituyente, acreedor sustituido y deudor —artículo 1280—). La novación subjetiva por delegación produce efectos cuando concurren el asentimiento del deudor que se sustituye, el del deudor sustituido y el del acreedor (artículo 1281). La novación subjetiva por expromisión produce efectos desde que existe acuerdo entre el acreedor y el deudor sustituyente (argumento del artículo 1282).

2.7.1.2. Semejanzas

- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa (artículo 1208). Nada impide que la novación se efectúe sobre obligaciones de esta naturaleza.
- La cesión de derechos puede operar por acuerdo de voluntades o por ministerio de la ley (argumento del artículo 1214). La novación puede también ser convencional o legal (argumento, para este último caso, de los artículos 1537 y 1538 del Código Civil peruano, por citar un solo ejemplo).

2.7.2. Con la cesión de posición contractual

2.7.2.1. Diferencias

- La novación es una figura típicamente relativa al Derecho de las Obligaciones. La cesión de posición contractual corresponde al Derecho de los Contratos.
- La novación es un modo de extinción de obligaciones. La cesión de posición contractual es un mecanismo contractual que no conlleva a la extinción de obligación alguna. Aquí lo que se cede es la calidad de parte en el contrato.
- Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277). Por la cesión de posición contractual no se sustituye obligación alguna: lo que se realiza es la cesión de la calidad de parte en el contrato celebrado.
- En la cesión de posición contractual siempre es necesario el asentimiento del cedente, del cesionario y del cedido. La novación es un acto que bien puede efectuarse en unos casos de manera bilateral (novación objetiva —artículo 1278—), o unilateral (novación subjetiva en la modalidad de expromisión —la que puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo—); pero que en otros requiere del asentimiento de tres sujetos. Es el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, que exige, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280), y de la novación subjetiva por delegación que requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, del asentimiento del acreedor (artículo 1281).
- En la cesión de posición contractual, el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario (artículo 1438, primer

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

párrafo). En cambio, en ninguna de las normas relativas a las diversas modalidades de la novación subjetiva se establece esta obligación para el acreedor originario, salvo, desde luego, la existencia de la obligación primigenia.

- La cesión de posición contractual siempre es voluntaria —pues nuestro Derecho no acepta los contratos forzosos—, en tanto que la novación puede operar por mandato de la ley.

2.7.2.2. Semejanzas

- Para que se produzca una novación, las obligaciones no deben haberse ejecutado aún, o, en todo caso, deben haberse ejecutado sólo parcialmente. En la cesión de posición contractual es supuesto básico que se trate de contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente (artículo 1435, primer párrafo).
- En la cesión de posición contractual las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas (artículo 1439). En la novación tampoco se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario (artículo 1283), exceptuándose de esta regla los casos de novación legal.

2.7.3. Con el pago con subrogación

2.7.3.1. Diferencias

- El pago con subrogación es una modalidad sui géneris del pago. En cambio, la novación es un modo —distinto del pago— de extinguir una obligación.
- En el pago con subrogación quien paga sustituye al acreedor en los derechos respecto del deudor, pero no dejamos de estar ante una misma obligación. En la novación, lo que se sustituye es una obligación por otra: se extingue la primigenia y se crea una nueva.
- Cabe la subrogación parcial (argumento del artículo 1262). No cabe la novación parcial de una obligación.

2.7.3.2. Semejanzas

- Tanto el pago con subrogación como la novación son modos de extinción de las obligaciones, aunque, sin duda, de naturaleza diferente.
- El pago con subrogación puede tener un origen legal (cuando es de pleno derecho —supuesto del artículo 1260—) o convencional (supuesto del artículo 1261). La novación puede también ser convencional (supuesto común) o legal, como fue mencionado en su oportunidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.7.4. Con la confirmación del acto jurídico

2.7.4.1. Diferencias

- La confirmación consiste en la convalidación de un acto jurídico anulable. Por la novación se sustituye una obligación por otra.
- La confirmación es un acto jurídico unilateral, mientras que la novación importa un contrato entre las partes, salvo los casos de novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de novación legal.
- A través de la confirmación se subsana un acto jurídico que padece de nulidad relativa, en tanto que mediante la novación se extinguen y crean obligaciones.
- La confirmación conlleva a la renuncia de la acción de anulación, en tanto que la novación supone la renuncia a un derecho de crédito, pero éste es reemplazado por uno nuevo, ya se trate de novación objetiva o subjetiva.
- Sólo puede confirmar un acto jurídico la parte a quien corresponda la acción de anulabilidad. La novación, en cambio, debe estipularse por las partes, con excepción de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal.

2.7.4.2. Semejanza

- La confirmación puede efectuarse de manera expresa o tácita. La novación requiere que la voluntad de novar sea indubitable o que la existencia de la obligación anterior sea incompatible con la nueva.

2.7.5. Con el reconocimiento de las obligaciones

2.7.5.1. Diferencias

- Mediante el reconocimiento de las obligaciones el deudor admite la existencia previa de una obligación y se somete a los efectos derivados de ella. Por la novación se sustituye una obligación por otra.
- El reconocimiento de las obligaciones es un acto declarativo de derechos, en tanto que la novación es un acto constitutivo.
- El reconocimiento de las obligaciones es un acto jurídico unilateral. La novación es un acto bilateral, con excepción de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, que es unilateral respecto a las personas que intervienen en la obligación primigenia.
- Sólo el deudor de una obligación puede efectuar su reconocimiento. La novación, en cambio, debe estipularse por ambas partes, acreedor y deudor, salvo en los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.7.6. Con la transacción

2.7.6.1. Diferencias

- A la transacción le asiste la formalidad *ad solemnitatem* prevista por el artículo 1304 del Código Civil. A la novación le asiste —en principio— libertad de forma.
- La transacción puede ser extrajudicial o judicial. La novación es extrajudicial, salvo el caso de la novación legal que opera por resolución judicial.
- La transacción versa, necesariamente, sobre obligaciones dudosas o litigiosas, en tanto que cualquier tipo de obligaciones pueden ser objeto de un acuerdo novatorio.
- La transacción es convencional. La novación puede ser unilateral, convencional o legal, según la fuente de donde emane la voluntad de novar.

2.7.6.2. Semejanza

- La novación objetiva tiene similitud con la transacción cuando las partes recurren a ésta última como medio para solucionar un conflicto de intereses, extinguiendo alguna o algunas de las obligaciones pendientes de cumplimiento entre ellas, y creando a la par alguna o algunas otras nuevas obligaciones, cuando lo consideren necesario para solucionar de modo integral sus diferencias (argumento del artículo 1302, segundo párrafo, del Código Civil).

2.7.7. Con el mutuo disenso

2.7.7.1. Diferencias

- Mediante el mutuo disenso las partes de un acto jurídico deciden dejarlo sin efecto. La novación, en cambio, consiste en la sustitución de una obligación por otra.
- El mutuo disenso es una forma de extinguir un acto jurídico, en tanto que la novación es un medio extintivo de obligaciones. En tal sentido, adviértase que, mediante la novación, las partes podrían acordar la extinción de sólo una de las obligaciones que se hubieren contraído y la inmediata creación de otra, mientras que, por el mutuo disenso, la extinción del acto jurídico determina la extinción de todas las obligaciones que de él emanan, tal como lo prescribe el artículo 1313 del Código Civil.
- El mutuo disenso es siempre convencional, en tanto que la novación puede ser convencional o legal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.7.7.2. Semejanza

- Cuando mediante el mutuo disenso se extinguen obligaciones (al haberse extinguido el contrato o acto del cual emanaban), él se asemeja a la novación, en tanto que a través de ésta siempre se extinguirán obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación objetiva

Artículo 1278.- Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1278

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 abordó el tema en su artículo 866: «La novación se hace de tres maneras: 1º Cuando el deudor contrae en favor de su acreedor una nueva deuda que se sustituye a la antigua, la cual queda extinguida. 2º Cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo al que da por libre el acreedor. 3º Cuando por efecto de un nuevo contrato, un acreedor nuevo es substituido al antiguo, con respecto al cual queda libre el deudor»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo regía en el artículo 2265: «En las novaciones, ó se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber, ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legisló la materia en el artículo 2996: «En la novación, o se muda la calidad de la obligación o la causa de deber, o se cambia el acreedor, o se sustituye un nuevo deudor al primitivo.— En este último caso, la sustitución puede celebrarse, con o sin el consentimiento del primer deudor.— Cuando un nuevo deudor reemplaza al antiguo con consentimiento de éste, el nuevo deudor se llama delegado del primero, el cual entonces se denomina delegante»; mientras que el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, no registra antecedentes al respecto; al igual que el Segundo Anteproyecto del 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 trataba el tema en su artículo 139: «La obligación se extingue cuando las partes sustituyan a la obligación originaria una nueva obligación con objeto o título diverso»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 133: «Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1296: «Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1245: «Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primaria por otra, con prestación distinta o a título diferente».

2. Análisis

2.1. Naturaleza de la novación objetiva

La novación puede operar bajo dos formas, a saber: mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina subjetiva, o a través de un cambio en el objeto o la causa de la obligación. Esta última forma es la llamada novación objetiva, que se genera cuando la prestación debida o el título que da origen a la obligación se sustituyen por otros.

Cazeaux y Trigo Represas[1933] definen a la novación objetiva como aquella en la que el cambio recae sobre la prestación, la causa fuente o el propio vínculo obligatorio, en tanto experimenten alguna modificación sustancial o trascendente que permita configurar una relación obligacional jurídicamente distinta de la anterior que se sustituye.

Considera Boffi Boggero[1934] que la novación objetiva es un acto entre las mismas partes —acreedor o acreedores, deudor o deudores— que modifica sustancialmente el objeto, la causa o el vínculo obligacional.

Francesco Messineo[1935] señala que la novación objetiva es una relación que media entre los mismos sujetos de la obligación originaria, y tiende a sustituir otra obligación —con objeto o título diverso (*aliquid novi*)— a la precedente (de ordinario, de contenido equivalente), de manera que el deudor está actualmente obligado por la nueva obligación.

A decir de Llambías[1936], la novación objetiva se caracteriza por haberse introducido una innovación en la causa de deber, o bien en la prestación debida. Si el cambio no incide en la causa de la obligación, o en lo esencial del objeto debido inicialmente, no hay novación sino persistencia de una sola obligación, pese a las alteraciones accidentales que pueda haber sufrido.

1933 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 255.
1934 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 320.
1935 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 401 y 402.
1936 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 39.

En nuestra opinión, hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una prestación distinta o en virtud de un título diferente.

Resulta pertinente añadir que, de acuerdo con la Casación n.º 73-2001-Callao, de fecha 3 de octubre de 2001, es necesaria la existencia de un acuerdo previo entre el deudor y el acreedor de la obligación primitiva. «*Sexto*. Debe señalarse que para que pueda configurarse la dación en pago o se produzca la novación objetiva de la obligación, es necesario, en cualquiera de los dos casos, la existencia de un acuerdo previo entre el deudor y el acreedor de la obligación primitiva, por lo que habiendo quedado establecido en autos que el gobierno peruano no asumió la deuda de la demandada ni se constituyó en deudor de la misma frente al gobierno suizo, entonces no resultan de aplicación al caso concreto las normas invocadas».[1937]

2.2. Clases de novación objetiva

2.2.1. Novación objetiva por cambio de prestación

Hay novación objetiva por cambio de prestación cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro.

Para que la novación se produzca es necesario un cambio esencial en la relación obligatoria. Por ello, sólo las modificaciones sustanciales en la prestación debida producirán novación por cambio de objeto.

Adviértase que las variaciones accidentales en la obligación no producen novación, sino solamente un cambio accesorio en la relación obligatoria (argumento del artículo 1279 del Código Civil, norma que analizaremos más adelante)[1938].

Refiere Llambías[1939] que hay novación por cambio de objeto cuando la segunda obligación altera esencialmente la prestación primitiva o introduce en el modo de

1937 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 949. [Texto correspondiente a la tercera edición]

1938 A decir de Suárez Suárez (Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 298 y 299), si en una obligación varían los elementos accidentales, es decir, aquéllos que no modifican la estructura íntima de la obligación sino los detalles secundarios, es natural que no haya existido novación; de tal modo que la obligación primitiva sigue existiendo a pesar de la modificación accidental hecha.
Agrega el referido autor que son elementos esenciales aquéllos sin los cuales no puede concebirse un acto o contrato; es decir, aquéllos que le son inherentes por su misma naturaleza. Así, también se llaman elementos accidentales aquéllos cuya omisión no acarrea modificaciones en el contrato, respecto a su naturaleza, y pueden faltar sin que se altere. Y mientras la omisión de los elementos esenciales acarrea la inexistencia de la obligación, la omisión de los secundarios o accidentales la modifican en detalle, pero no alteran su naturaleza ni ocasionan su inexistencia.
Al respecto, debemos precisar que, en nuestra opinión, la novación se produce no sólo cuando se modifica la estructura íntima de la relación obligatoria, esto es, al sustituirse algún elemento esencial de la obligación, sino también cuando opere un cambio trascendente o sustancial en ella, tal como se verá en el estudio del artículo 1279 del Código Civil.

1939 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 45 y 46.

satisfacerla un cambio de trascendencia o alteración de importancia. En tal sentido, hay novación cuando se sustituye una deuda de dinero por una obligación relativa a una cosa mueble o inmueble; o bien se cambia una obligación de hacer por otra referente a la satisfacción de una suma de dinero; o se reemplaza una deuda de capital por una renta vitalicia.

Afirma Boffi Boggero[1940] que la novación por cambio de objeto puede tener lugar en primer término cuando se producen cambios sobre el contenido de la prestación, entre los cuales puede mencionarse la obligación de pagar una suma de dinero en vez de hacer entrega de una cosa o de un hacer o no hacer.

Un ejemplo de novación objetiva por cambio de prestación sería el siguiente: si dos partes celebran un contrato de compraventa de una casa, por un precio de 3'000,000.00 de soles, y luego, de mutuo acuerdo, deciden que ya no se cumplirá con esta prestación, y la sustituyen por la obligación de dar un departamento. Aquí, sin duda, se habría producido novación en virtud de un cambio en el objeto de la obligación.

Según anotan Henri, Léon y Jean Mazeaud[1941], suele ser delicado concretar si el cambio sobrevenido en la obligación es suficiente o no para llevar consigo novación. Por ello, admitir su existencia es una cuestión de hecho sometida al criterio de los tribunales en cada caso.

La ley civil peruana no contiene una norma que precise taxativamente si tal o cual cambio en la relación obligatoria produce novación.

No obstante, en doctrina existe consenso en considerar que se suscita un cambio esencial en el objeto debido a los supuestos que anotamos a continuación:

- Cuando se sustituye el objeto de la obligación por otro.
- Cuando se agrega o suprime una condición a la obligación primitiva.
- Cuando una obligación que era simplemente mancomunada se convierte en solidaria.
- Cuando se introducen variaciones sustanciales en el contenido de la prestación.
- Cuando operan cambios sobre el propio vínculo jurídico. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución de una obligación natural por una civil.

Sin embargo, en lo relativo a las alteraciones de la relación obligatoria que —en nuestra opinión— importan novación, remitimos al lector a los comentarios anotados al analizar el artículo 1279 del Código Civil.

1940 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 321.

1941 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 464.

Por otra parte, resulta de interés expresar que la novación por cambio de objeto no fue admitida en el Derecho romano de la época clásica. Al respecto, refieren los Mazeaud[1942] que esta forma de novación no fue practicada durante el Derecho romano clásico, ya que los romanos poseían una visión estrecha y material del vínculo de dependencia entre la antigua y la nueva obligación. La novación era válida sólo si la nueva obligación tenía el mismo objeto que la antigua.

En efecto, el antiguo Derecho romano exigía como requisito esencial de la novación el *idem debitum*, es decir, la identidad entre el objeto de la nueva obligación y el objeto de la precedente.

Expresa Betti[1943] que el Derecho romano hizo depender el efecto liberatorio de la antigua novación del hecho objetivo de la identidad del *debitum*. En los orígenes de la institución —señala este autor— el efecto novativo dependía del hecho de que la segunda obligación absorviese el mismo objeto de la primera, permaneciendo también idéntico el crédito del acreedor, y variando únicamente algunos elementos del vínculo obligatorio.

Al respecto, Lozano Berruezo[1944], citando a Albaertario, manifiesta que la extinción de la antigua obligación deriva del *idem debitum*, es decir, de la circunstancia de que la nueva obligación, concluida mediante estipulación, tenga el mismo *debitum*, ya que la coexistencia de dos estipulaciones sucesivas teniendo por objeto el mismo *debitum* no era posible en Roma, por lo menos sin reserva expresa.

De igual manera, Pietro Bonfante[1945] anota que en el Derecho clásico no se podía cambiar el objeto de la obligación; antes bien, fundamento de la virtud extintiva de la obligación era el *idem debitum*, ya que no eran admitidos entre las mismas personas dos contratos que tuvieran el mismo objeto —*bis de eadem re agi non potest*—.

Por su parte, Demolombe[1946] expresa que en el mecanismo de la antigua novación no era posible un cambio en la deuda. Si se estipulaba *aliud debitum*, la antigua deuda subsistía, y la nueva no era menos formada; había dos deudas, pero ninguna novación.

En tal sentido, según señalan Planiol y Ripert[1947], para los romanos la novación era, esencialmente, una nueva estipulación de una cosa ya debida.

1942 *Ibidem*, p. 459.

1943 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 315 y ss.

1944 Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 8.

1945 Bonfante, Pietro. *Op. cit.*, p. 429.

1946 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo XXVIII, p. 158.

1947 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VIII, segunda parte, p. 348.

A decir de Arangio Ruiz[1948], la novación fue, en un inicio, la sustitución de una obligación por una nueva con el mismo contenido económico.

En opinión de Négre, citado por Lozano Berruezo[1949], el requisito del *idem debitum* o identidad de objeto se justifica por el carácter religioso y solemnidad ritual de las fórmulas del antiguo Derecho romano.

Con un parecer distinto, Emilio Betti[1950] afirma que para entender rectamente que la novación requiriese de la perfecta homogeneidad de los dos vínculos es necesario comprender la función que esta figura cumplió en el Derecho romano. La novación surge como una forma de trasmisión de las obligaciones por acto *inter vivos*. Agrega Betti que la novación, en sus orígenes, no fue un modo extintivo de obligaciones, sino una forma de trasmisión de aquéllas. Y de aquí la razón de su aparición.

Recuerdan los Mazeaud[1951], por su parte, que los derechos primitivos contemplaban la obligación no como un elemento del patrimonio trasmisible con el mismo título de los Derechos Reales, sino únicamente como vínculo entre dos personas que no podían cambiarse; y precisan que, en el curso de la evolución, el Derecho romano, después de haber admitido la trasmisibilidad de las obligaciones por causa de muerte, comprendió la utilidad de autorizar una trasmisión entre vivos.

Así, la novación adquirió —en el Derecho romano clásico— un desarrollo considerable como medio de trasmisión de obligaciones; sin embargo, la novación objetiva por cambio de prestación no fue practicada. Adviértase que la novación fue concebida como la operación que extinguía la obligación entre los obligados originarios, para hacer que ésta misma renaciera entre uno de ellos y un tercero a quien se trasmitía. Ahora bien, con la reforma justinianea de la institución, la novación por cambio de objeto fue admitida en el Derecho romano al suplantarse el requisito del *idem debitum* por el *animus novandi*, vale decir, por la voluntad de crear una nueva obligación que extinguía la precedente.

Al respecto, expresa Pietro Bonfante[1952] que en el Derecho Justinianeo el concepto antiguo de la novación desapareció, y la identidad del objeto fue eliminada como requisito, permitiéndose que la novación pudiera consistir, precisamente, en el cambio del objeto. En lugar del antiguo requisito objetivo, se ponía un requisito subjetivo, que cambiaba radicalmente la esencia y la función de la institución. Este requisito consistía en el *animus novandi*.

1948 Arangio Ruiz, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 442.
1949 Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 15.
1950 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, p. 316.
1951 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, pp. 459 y 460.
1952 Bonfante, Pietro. *Op. cit.*, p. 429.

Refieren Arias Ramos y Arias Bonet[1953] que «Una vez puesta en la voluntad de las partes la piedra de toque para saber si la obligación nueva se sustituye a la anterior o se acumula a ella, ningún inconveniente había para admitir la novación por cambio de objeto, desapareciendo, por tanto, el requisito del *idem debitum*, exigido por el Derecho clásico. Obligación anterior, obligación nueva nacida de estipulación, *aliquid novi* e *idem debitum*, fueron los requisitos de la *novatio* clásica. Obligación anterior, obligación nueva, surgida de una estipulación, *aliquid novi* y *animus novandi*, son los requisitos de la novación en el Derecho Justinianeo».

2.2.2. Novación objetiva por cambio de título o causa fuente

Otro de los supuestos de novación objetiva es aquel en el que se modifica la fuente originaria de la obligación por otra.

En efecto, cuando se sustituye la fuente de la cual emana la obligación por otra distinta, se produce novación por cambio de causa fuente.

Para ilustrar este supuesto vamos a anotar un ejemplo. Supongamos que dos partes han celebrado un contrato de compraventa por el cual una le va a entregar en propiedad a la otra un automóvil determinado a cambio de cuarenta mil soles. Posteriormente, acuerdan que el comprador ya no entregará dicha suma, sino que transferirá la propiedad de una camioneta determinada. En este caso, es indudable que se ha producido un cambio en la prestación a cargo de una de las partes, pero no sólo ha variado la prestación a ejecutar, sino también ha cambiado el contrato mismo, pues ya no estamos ante un contrato de compraventa, sino en presencia de un contrato de permuta. En este caso no sólo se ha novado la obligación, sino el contrato, vale decir, la causa fuente misma.

Recuerda Llambías[1954] que Ripert y Boulanger sostienen que «La novación más frecuente en la hora actual y la que más dificultades presenta es la novación por cambio de causa. El deudor se obliga con el acreedor, pero por una razón distinta de la que justificaba la obligación primitiva. Al ser la causa un elemento esencial de la obligación, el cambio de ese elemento equivale a una novación».

Añade Llambías que la causa —expresión que vale tanto como fuente de la obligación— es el hecho antecedente que ha engendrado la obligación. Así, un cambio en la misma causa de deber o título de la obligación, revela que ésta ha dejado de ser lo que era, ya que ha pasado a ser un vínculo que no se confunde con el primitivo; y es que con la causa cambia, o puede cambiar, el régimen que gobierna la obligación; según sea el hecho que ha originado la relación obligacional, así será el tratamiento que a ésta dispensará el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si «A» comete un acto ilícito que daña a «B» nace la obligación de indemnizar ese perjuicio, cuya acción prescribe en el lapso de dos años desde la ocurrencia

1953 Arias Ramos, José y Juan Antonio Arias Bonet. *Op. cit.*, tomo II, p. 715.

1954 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 40 y ss.

LIBRERIA JURIDICA CASTILLO FREYRE

del hecho; y si el damnificado conviene con el responsable que lo debido a título de indemnización lo retenga éste como préstamo productivo de intereses, a devolver en cierto plazo, se habrá producido una novación por cambio de causa; pues antes la causa de deber era el hecho ilícito cometido; ahora la causa es el contrato de préstamo o mutuo, que le impone a la obligación un régimen distinto en el cual la acción prescribe recién a los diez años a partir del momento en que el crédito se torne exigible.

Por otra parte, debemos expresar que la generalidad de la doctrina consultada estima que hay novación por cambio de causa en los siguientes casos:

- Cuando se transforma un depósito en préstamo y viceversa.
- Si una suma percibida por el mandatario se convierte en préstamo.
- Cuando una permuta se transforma en una compraventa, supuesto en que el permutante comprometido a entregar determinada cosa se torna deudor de ella a título de vendedor.
- Si la deuda relativa al precio de la locación de servicios se convierte en depósito por cuenta del acreedor.
- Cuando existe un saldo de una cuenta corriente y el deudor manifiesta recibir en calidad de préstamo la suma que adeuda.
- Si acreedor y deudor celebran convenio de cancelación de una deuda, por el cual el deudor entrega una suma a cuenta, comprometiéndose a satisfacer el resto en cuotas mensuales, con la facultad del acreedor, en caso de incumplimiento, de resolver el convenio y reclamar la deuda originaria.
- Si las partes celebran un segundo contrato de compraventa respecto de un mismo inmueble, con fundamental variante de precio.

Los supuestos anotados son casos usuales y representativos de novación objetiva por causa fuente, dejando constancia, sin embargo, de que ésta puede presentarse en infinidad de variantes.

Antes de finalizar el análisis del precepto bajo comentario, precisa anotarse que en la novación por cambio de causa fuente, el efecto extintivo-creador de las obligaciones se verifica respecto a todas las obligaciones que emanan del título o causa fuente que se sustituye, y no sólo sobre una o algunas de las obligaciones. Este último caso se presenta únicamente en la novación por cambio de objeto.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos que no constituyen novación

Artículo 1279.- La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1279

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 su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba la materia en el artículo 3009: «La modificación que se refiere al modo, tiempo o lugar en que debe cumplirse una obligación, y en general todas aquellas que no tienen ninguno de los objetos indicados en el artículo 2996 no constituyen novación»; mientras que el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925 lo hacía en el artículo 256: «La novación no se presume. Es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación pero no la extinguen»; el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 244: «Para que haya novación es preciso que la voluntad se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no se refieran al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1279: «Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitablemente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación».

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 140: «El libramiento de un documento o su renovación, la agregación o la eliminación de un término y cualquiera otra modificación accesoria de la obligación no producen novación»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora,

ARIELO MARIO CASTILLO FREYRE

elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 hacía lo propio en el artículo 134: «La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1297: «La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1246: «La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación».

2. Análisis

El artículo 1279 del Código Civil peruano de 1984 establece qué cambios accesorios en la prestación no producen novación[1955]. Sin embargo, el precepto bajo análisis tan sólo enuncia algunos de ellos, a saber:

2.1. La emisión de títulos valores

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1279, la emisión de títulos valores no produce novación.

En lo relativo a los títulos de crédito dados en pago, expresa Borja Soriano[1956] que los civilistas estudian si hay novación cuando el deudor, en lugar de pagar a su acreedor en las especies convenidas, le entrega títulos de crédito suscritos por él. Se pronuncian por la negativa Planiol, Baudry-Lacantinerie y Barde, Colin y Capitant y Josserand.

En el Código de 1984 se ha considerado —con acierto— que la emisión de títulos valores no constituye novación.

La emisión de un título valor respecto de una obligación que le antecede en el tiempo no cambia dicha obligación por una nueva. Tan sólo trata de asegurar su cumplimiento, de facilitar la circulación de la acreencia y de dinamizar su cobranza.

Precisa señalarse, además, que la novación, por lo general, es un acto bilateral, vale decir, que es necesaria la intervención de las dos partes (acreedor y deudor) para que ella se produzca. En cambio, el otorgamiento de un título valor puede ser tanto un acto bilateral como unilateral, ya que para su expedición en algunos supuestos se requiere de la intervención de una sola parte, el deudor, como por ejemplo en el caso del cheque.

1955 La jurisprudencia nacional ha señalado, sobre este punto, que: «La novación es una de las formas como se extingue la obligación, y sucede cuando una obligación es sustituida por una nueva que se crea y que la reemplaza [...]. La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o cualquier otro cambio accesorio, no producen novación» (Casación n.º 2962-98-Lima).

1956 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 621.

Adicionalmente, un título valor representa la prestación original —y por ello no produce efectos novatorios—; su objeto muchas veces es comercializar el propio título valor, descontarlo en una institución de crédito, endosarlo para pagar o garantizar obligaciones, etcétera.

2.2. La renovación de títulos valores

El artículo 1279 del Código Civil también establece que la renovación de títulos valores no produce novación.

Sobre la base de las consideraciones anotadas, cabe afirmar que, si la emisión de un título valor no origina novación, tampoco la generará su renovación. Por un lado, porque no se ha cambiado la obligación primigenia; y de otro, porque la renovación de un título valor simplemente varía su fecha de ejecución por haberse producido una prórroga, mas no la obligación original, que sirve de causa fuente al mencionado título valor y a su renovación.

2.3. La modificación de un plazo

Prescribe el artículo 1279 del Código Civil que la modificación de un plazo no produce novación.

Los Mazeaud[1957] recuerdan que el Derecho romano no consideraba que el agregado o la supresión de un término implicaba novación. Explican los citados tratadistas que el Derecho francés parece más restrictivo, ya que únicamente la supresión de un término no se considera como elemento nuevo suficiente para producir novación; el antiguo crédito subsiste, inmutado en su existencia, tan sólo se ha modificado el cumplimiento.

Para Boffi Boggero[1958] no habrá novación cuando se presenten modificaciones acerca del plazo. Menciona Boffi Boggero que si se agrega un plazo o se le suprime o modifica, se está dejando entera e intacta a la obligación. Por ello, no hay novación si se reciben pagos a cuenta del crédito.

Según señala Ospina Fernández[1959], la ampliación del plazo de la obligación pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas y las hipotecas constituidas por terceros, porque es de presumir que ellos han tenido la intención de limitar las garantías al tiempo primeramente señalado; y, por la misma razón, la reducción del plazo no las afecta, porque su responsabilidad solamente comienza a la expiración del plazo primitivo.

1957 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, pp. 465 y 466.
1958 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.
1959 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 447.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En opinión de Borja Soriano[1960], la concesión de un término al deudor por el acreedor o la renuncia por el deudor al término que le había sido precedentemente concedido pueden hacerse sin traer consigo novación, porque el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución.

Por su parte, Martínez Alfaro[1961] afirma categóricamente que la modificación del plazo nunca produce novación. En tal sentido, expresa que la introducción o supresión del término no es una modificación sustancial de la obligación que produzca el doble efecto, consistente en la extinción y creación de obligaciones, porque si el término es suspensivo no modifica sustancialmente la obligación, por no afectar su existencia sino sólo su exigibilidad, al diferir su cumplimiento a una fecha cierta; y, en consecuencia, ni extingue ni crea obligaciones.

A su vez —continúa Martínez Alfaro—, si el término es resolutorio, sí extingue la obligación en fecha cierta, pero sin crear una nueva que sustituya a la extinguida, porque este término no constituye el cambio de un elemento esencial de la obligación, pues sólo significa su extinción normal por el vencimiento del plazo. Por no haber una obligación nueva que sustituya a la extinguida por el término resolutorio, no hay novación, salvo que se haya pactado expresamente el nacimiento de una nueva obligación que sustituya a la extinguida.

Conforme a lo anterior, agrega el autor citado que:

> Si la obligación es pura y simple, pero posteriormente se estipula un término, suspensivo o resolutorio, o viceversa, si dicha obligación está sujeta a término y se conviene en que sea pura y simple, se darán las siguientes consecuencias:
>
> Si a la obligación pura y simple se le fija un término suspensivo, es la misma obligación la pura y simple que la sujeta a término suspensivo, pues éste sólo difiere la exigibilidad de su cumplimiento a una fecha cierta, sin extinguir ni crear otra obligación.
>
> Si el término fijado es resolutorio, también es la misma obligación la pura y simple que la sujeta al término resolutorio, pues mientras el término esté pendiente de vencer, la obligación no se extingue ni se crea una nueva; dicha obligación sólo se extinguirá al momento de vencer el término resolutorio y sin crearse una nueva sustituta.
>
> Si la obligación estaba sujeta a término y se vuelve pura y simple será la misma obligación, pues no se extingue la que está sujeta a término ni se crea otra nueva pura y simple para sustituirla, en atención a que, si se suprime el término suspensivo, la misma obligación se vuelve exigible, pero si desaparece el término extintivo, la obligación tendrá una duración indefinida.

1960 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 617.
1961 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 339.

> En atención a que el término no extingue la obligación primitiva ni crea una sustituta, no es una modificación sustancial de la obligación que sea constitutiva de una novación.

Por nuestra parte, abrigamos dudas acerca de la certeza del precepto bajo comentario, cuando establece, en los términos más amplios, que la modificación del plazo no produce novación, toda vez que en ciertos casos ella sí podría generarse, como veremos seguidamente.

Cuando la modificación del plazo no afecta de modo considerable al objeto de la obligación en sí, es evidente que no se produce novación. Si, por ejemplo, en el título original de la obligación se ha establecido que el deudor deberá pagar una determinada cantidad de dinero el día 21 de julio de 2014, y antes de vencido dicho plazo suspensivo ambas partes acuerdan que el pago ya no se efectuará el día 21 sino el día 22, resultaría obvio que la variación del plazo no habría afectado sino en forma absolutamente adjetiva la integridad de la obligación pactada. Se podría decir, sin duda alguna, que la obligación sigue siendo la misma.

En cambio, la variación del plazo podría resultar fundamental en el siguiente caso: dos partes han celebrado un contrato de suministro, por el cual una de ellas se ha obligado a suministrar a la otra la cantidad de mil cajas de cerveza los días viernes de todo el mes de abril de 2012. Si luego de celebrado el contrato ambas partes amplían el plazo de un mes a un año, resultará evidente que aquí el plazo resolutorio jugaba un papel fundamental en el contrato, y que la variación de éste no ha hecho que la relación jurídica patrimonial se altere en forma intrascendente, sino, por el contrario, se ha modificado de manera notable, ya que las partes que antes estaban obligadas sólo durante un mes a ejecutar sus prestaciones, ahora lo estarán durante un año, vale decir, por un plazo once veces mayor que el originalmente previsto. En este caso la variación del plazo habría producido una novación de la obligación, supuesto que no ha sido contemplado por el artículo 1279 del Código Civil.

A nuestro entender, si bien la variación del plazo puede ser accesoria (justamente en el supuesto de que sólo represente un cambio en la fecha de cumplimiento, como sería el caso del plazo suspensivo), ella podría ser fundamental si representa una ejecución más o menos dilatada de la prestación original (ejemplo propuesto por nosotros de plazo resolutorio). Es decir, la prestación devendría en distinta —y, por lo tanto, habría novación— por la modificación del plazo.

En otras palabras, la modificación del plazo sería la causa de que exista esa variación en la prestación y, en consecuencia, de que se hubiera novado la obligación.

Por tal razón consideramos que la norma debe interpretarse en el sentido de que la variación del plazo podrá o no producir la novación de la obligación, considerando la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

Estudio Mario Castillo Freyre

Sobre el tema de la variación del plazo, la jurisprudencia nacional[1962] ha establecido que: «Conforme al artículo 1279 del Código Civil, no existe novación de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria si es que sólo varía el plazo para la devolución del dinero y se mantiene la garantía otorgada».

2.4. La modificación del lugar del pago

El precepto bajo comentario establece que la modificación del lugar del pago no produce novación.

Señala Boffi Boggero[1963] que no estaremos en presencia de novación si existiesen modificaciones acerca del lugar de pago. Agrega que, si el pago debía celebrarse en un lugar o sitio y luego se conviene hacerlo en otro, no hay novación porque también en este supuesto la obligación es la misma.

Para Ospina Fernández[1964] no habría novación con el cambio de lugar para el pago, el que deja incólumes las hipotecas y prendas, y la responsabilidad de los deudores solidarios y subsidiarios; pero si dicha mutación ocasiona mayores gravámenes, éstos no afectan a esos codeudores solidarios, ni a los terceros garantes.

Por nuestra parte, estimamos, al igual que en el tema del plazo, que la variación del lugar del pago podría o no revestir la importancia necesaria como para considerarse que ha producido novación en la obligación.

Un ejemplo de variación intrascendente sería el que mencionamos a continuación: una empresa con sede en la provincia de Lima se compromete a entregar a una persona en la misma ciudad de Lima, distrito de San Miguel, una maquinaria pesada. Luego de celebrado el contrato, ambas partes acuerdan que la mencionada maquinaria ya no será entregada en San Miguel sino en el distrito de Pueblo Libre. Aquí no se habría producido novación de la obligación, porque dicho cambio resultaría intrascendente, ya que el cumplimiento de la obligación no representaría, prácticamente, ningún mayor o menor esfuerzo para el deudor.

En cambio, sí se habría producido novación de la obligación si se hubiese pactado el cambio del lugar de pago del distrito de San Isidro en la provincia de Lima, a la ciudad de Buenos Aires, Argentina, puesto que la ejecución de la obligación (el pago) sería mucho más gravosa para el deudor (que es quien debe soportar los gastos que ocasione el pago —argumento del artículo 1241 del Código Civil—).

Creemos que para el supuesto del lugar de pago debe adoptarse una solución similar a la propuesta por nosotros para el caso del plazo, esto es, considerar la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

1962 Casación n.º 874-95-Lima.

1963 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

1964 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 247 y 248.

2.5. Cualquier otro cambio accesorio

El artículo 1279 del Código Civil prescribe en su parte final que cualquier otro cambio accesorio de la obligación no produce novación.

Según Ospina Fernández[1965], las modificaciones accidentales no producen novación ni, por ende, sus efectos; sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quien no ha participado en el acto que las introduce.

Agrega Ospina Fernández[1966] que la novación requiere que el contrato modifique el vínculo y lo sustituya por otro enteramente nuevo que difiera de aquél por alguno de sus sujetos, o por su objeto, o por la *causa generandi*, pues no produciéndose estas precisas condiciones los cambios introducidos por el pacto son accidentales y solamente dan lugar a que subsistiendo la obligación primitiva se modifique el régimen a ella asignado cuando fue contraída.

En opinión de Boffi Boggero[1967], una modificación en las estipulaciones del acto celebrado que no revista trascendencia alguna no produce novación, como podría ser el color de un auto que debe entregar una empresa distribuidora de vehículos a un cliente, o si el vehículo incluye o no equipo de sonido. Nos dice que para estos efectos los ejemplos son abundantes. Es claro que esos cambios siempre tendrían que efectuarse de común acuerdo entre acreedor y deudor. De otra manera no habría novación, sino cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación.

A nuestro modo de ver, de la lectura del artículo 1279, *in fine*, no queda claro cuáles son las variaciones accidentales en la prestación que no producen novación, y por ello no es posible deducir *contrario sensu* cuáles son aquellos supuestos que sí constituyen novación objetiva por cambio de la prestación debida.

En tal sentido, estimamos necesario efectuar un análisis sobre aquellos cambios en la obligación que en opinión de la doctrina consultada no producen novación.

Según se verá del estudio de cada caso, nuestra opinión discrepa en ciertas oportunidades del parecer mayoritario de la doctrina por las consideraciones que luego anotamos.

Advertimos al lector que no es nuestra intención efectuar una enumeración taxativa de estos casos, porque ello sería tarea imposible. Vamos a referirnos a algunos sólo a modo de ilustración; en tal virtud, cualquier omisión no debe interpretarse como excluyente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAYAD

1965 *Ibidem*, p. 447.
1966 *Ibidem*, pp. 445 y 446.
1967 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 320.

2.5.1. Aumento en el monto de la prestación pactada

Cuando se aumenta el monto de la prestación pactada nos encontramos ante un supuesto en el cual resulta discutible si hay o no novación objetiva.

Debemos reconocer que los autores consultados que se pronuncian sobre el particular se inclinan por la negativa.

De esta opinión es Boffi Boggero[1968], quien señala que no habrá novación en la modificación del importe de la deuda. Anota este autor que es un caso claro, pues la alteración de las cifras es, por definición, un problema de grado que deja entera e intacta la esencia obligacional. Pero refiere que excepcionalmente se ha considerado que cuando el grado es muy diferente hay una cuestión de esencia.

En tal sentido, recuerda Llambías[1969] que se ha considerado que el simple aumento o reducción del alquiler no causa novación si no cambian las demás condiciones de la locación; pero el criterio no ha sido uniforme, pues también se ha resuelto que aquella modificación importa novación. Llambías piensa que no es posible dar una conclusión categórica, pues se trata de apreciar cuál es, en cada caso, la voluntad de las partes. En principio —dice— hay que interpretar que el solo cambio en el monto del alquiler no implica novación; pero se podría llegar a otra conclusión si la diferencia de cantidad es muy importante y, especialmente, si concurren otros cambios que en su conjunto persuadan acerca de la existencia de una nueva obligación sustitutiva de la primera por haber mediado un cambio de causa, es decir, un contrato por otro.

Por nuestra parte, consideramos que, en la medida en que exista un aumento en el monto de la prestación, es decir, en la cantidad del número de unidades de que consta, habrá siempre novación objetiva por cambio en la prestación. En el ordenamiento jurídico peruano no sería posible sostener lo contrario basándonos en el principio de integridad en el pago, ya que luego de producido el acuerdo novatorio el deudor deberá una cantidad mayor que aquélla originalmente adeudada; y no podrá cumplir pagando la suma convenida en un inicio, pues de intentar hacerlo su acreedor podría rechazar ese pago parcial, conforme a lo previsto por el artículo 1221 del Código Civil, precepto que fuera analizado oportunamente.

2.5.2. Reducción del monto original de la prestación

Otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio resulta discutible es la reducción del monto de la prestación originaria.

Según Giorgi[1970], existen ciertas mutaciones en el objeto, como por ejemplo la reducción de la suma debida, que no producen novación.

1968 *Ibidem*, p. 325.

1969 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 50.

1970 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 463 y ss.

Por su parte, Planiol y Ripert[1971], citando jurisprudencia francesa, señalan que no hay novación si se reduce el monto de la deuda.

En igual sentido opina Suárez Suárez[1972], cuando expresa que tampoco puede haber novación cuando la segunda obligación quita una especie, género o cantidad a la primera, porque esta mutación tampoco afecta la estructura jurídica de la obligación primitiva.

En nuestra opinión, el tema de la reducción del monto de la deuda podría interpretarse en dos sentidos.

El primero, que hay novación objetiva, para lo cual podrían esgrimirse las mismas consideraciones anotadas en el artículo que antecede.

El segundo, en apreciar el tema desde la perspectiva de una condonación parcial de la obligación, vale decir, que dicha reducción se origina en el perdón de una parte de la deuda al que llegan —de mutuo acuerdo— acreedor y deudor.

Creemos que no puede establecerse un principio o regla general que otorgue una solución definitiva y absoluta a la controversia; en tal sentido, tendrá que apreciarse, necesariamente, la manera como se ha contraído la obligación, así como los términos empleados en ella, para determinar si se trata de una u otra figura jurídica.

No obstante lo expresado, debemos ser claros en excluir de esta hipótesis aquellos casos en los cuales el deudor efectúa amortizaciones paulatinas o parciales de la deuda, ya que luego de cada pago será obvio que la deuda tendrá un monto menor, pero ello por el simple efecto del pago —que ha extinguido parcialmente la obligación—. En estos supuestos no estamos en presencia de novación alguna, pues para dichos pagos parciales —comunes y corrientes— no media *animus novandi*, es decir, la intención de las partes de convertir su obligación en otra distinta, sino la voluntad de extinguirla gradualmente, sin recurrir a la creación de alguna nueva obligación.

2.5.3. Variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda

Otro de los supuestos que suscita polémica acerca de la novación objetiva es el referido a la variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda, en el entendido de que, en la nueva moneda convenida, tanto la anterior como la antigua obligación son inicialmente de igual valor.

Sobre el particular, Malaurie y Aynès[1973] indican que los tribunales franceses son exigentes en señalar que no hay novación incluso en el caso en que se sustituya la deuda de una moneda extranjera a la moneda francesa.

1971 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo iv, p. 348.

1972 Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, volumen ii, p. 301.

1973 Malaurie, Phillipe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, p. 596.

En igual sentido se pronuncian los Mazeaud[1974], cuando anotan que una modificación en un medio de cambio no lleva consigo novación; subsiste la obligación, con todas sus garantías: de manera especial, la sustitución de una moneda de pago por otra; e igualmente la entrega de un cheque, de una letra de cambio o de un pagaré a la orden.

En opinión nuestra, si se pactase un contrato a través del cual una parte se obligara a cumplir determinada prestación a cambio de recibir una cantidad en soles y luego ambas partes acordasen que a cambio de la mencionada prestación no se entregará la cantidad estipulada de soles sino su equivalente en dólares estadounidenses, sí se habría producido novación, ya que la moneda extranjera (cualquiera que ésta sea) constituye un signo que representa al dinero, pero no es igual al dinero, que en nuestro país, por la ley del curso legal y del curso forzoso, está constituido exclusivamente por soles[1975]. Y así lo fuere, sería dinero de una especie diferente.

En caso de que las partes acordaran el cambio de moneda para una obligación dineraria, se trataría de un supuesto de novación objetiva, ya que ambas obligaciones (la de pagar con moneda nacional y la de pagar con moneda extranjera) tendrían consecuencias diferentes, como el clarísimo caso de las fluctuaciones de valor entre ambas monedas, lo que necesariamente originaría una modificación del monto de la prestación primitiva, que podría llegar a ser sustancial.

Es diferente adeudar una moneda usualmente débil, que adeudar libras esterlinas —moneda usualmente sólida—. Un importante argumento para considerar al cambio de moneda en la obligación como novatorio es el hecho de que en caso de existir garantes (fiadores) no se les podría exigir que continuaran obligados por una prestación distinta, que podría llegar a ser bastante más onerosa que la primigenia.

Analicemos el caso de una deuda contraída originalmente en moneda extranjera que por acuerdo entre las partes se cambia por una obligación consistente en dar moneda nacional. ¿Estaríamos ante un caso de novación?

Debemos aclarar a este respecto que no nos estamos refiriendo a la aplicación del artículo 1237 del Código Civil. De acuerdo con este precepto, el pago de una deuda en moneda extranjera, salvo pacto en contrario, puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

1974 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 466.

1975 Sobre el tema, remitimos al lector al análisis que en relación al pago en moneda extranjera efectuara uno de los autores de este estudio (Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta. Op. cit.*, pp. 53- 68; y *Tratado de la venta. Op. cit.*, 2010, tomo I, pp. 875 y ss.).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La moneda extranjera, en el supuesto planteado por dicho artículo, se encuentra *in obligatione*, es la moneda de contrato. En cambio, la moneda nacional se encuentra *in facultate solutionis*, es la moneda de pago.

Como expresa José León Barandiarán[1976], la moneda del contrato indica el *quantum* de la obligación, mientras que la moneda de pago indica la cantidad de unidades monetarias conforme a las cuales se puede satisfacer válidamente la prestación.

El Código Civil, en la norma que consigna el artículo 1237, ha consagrado una obligación facultativa legal. Es decir, el deudor puede escoger entre pagar en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional, en sustitución de la extranjera, al tipo de cambio indicado por el mismo precepto.

El caso que analizamos es el que se presenta cuando las partes deciden transformar esa obligación contraída en moneda extranjera sin que todavía se efectúe el pago en moneda nacional. En este supuesto se produce un cambio sustancial en el objeto de la obligación.

En efecto, mientras que en la obligación estipulada en moneda extranjera ésta es la prestación principal, es decir, la que se halla *in obligatione*, al producirse su cambio, convirtiéndose en una obligación de pagar moneda nacional, ésta se transformaría en la moneda *in obligatione*. No habría aquí sino una obligación de dar moneda nacional. La obligación ya no sería facultativa sino, por el contrario, una obligación simple de dar una suma de dinero expresada en esa moneda. El pago en esta situación tendría necesariamente que verificarse en moneda nacional. La deuda originaria consistiría en esa moneda. No sólo constituiría por tanto la moneda del contrato, sino que igualmente sería la moneda de pago.

Este supuesto es, por lo tanto, totalmente diverso a aquel planteado inicialmente, pues en ése la moneda nacional constituye tan sólo el medio liberatorio del que puede valerse el deudor para cumplir con la obligación contraída en moneda extranjera.

Teniendo en cuenta los alcances de la transformación de la deuda contraída originalmente en moneda extranjera, a fin de que constituya una obligación de dar moneda nacional, estimamos que existe novación.

En el caso propuesto, el cambio de prestación recae sobre lo que constituye el objeto principal de la obligación: la moneda del contrato. La prestación principal ya no consistiría en dar moneda extranjera sino, por el contrario, en dar moneda nacional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1976 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo I, p. 297.

En opinión nuestra, hay en este supuesto una efectiva sustitución de la primitiva obligación por otra nueva, y por ello estimamos que existe novación.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este punto queremos subrayar que continuaríamos en presencia de un supuesto novatorio en la eventualidad de que la obligación original hubiese sido pactada en cualquier moneda extranjera (por ejemplo, euros) y que luego las partes decidieran convertirla en una deuda expresada en otra moneda extranjera (por ejemplo, yenes japoneses), caso en el cual habría novación porque, como es obvio, no se trataría del mismo signo monetario.

2.5.4. Cambio en la formalidad del acto celebrado

Un supuesto adicional que motiva el interés de la doctrina consultada es el relativo a si el cambio en la formalidad del acto celebrado constituye o no novación.

En este orden de ideas, François Laurent[1977] señala que, por ejemplo, un acto sin legalizar comprueba la deuda. Si después las partes convienen en redactar un acta auténtica, no habrá novación en esto indudablemente, pues ni siquiera se concibe que surja una duda sobre este punto; sería como desconocer el objeto de los actos que las partes determinan que es conveniente aprobar; estas actas sólo sirven de prueba; y se pregunta si acaso la prueba más o menos fácil, más o menos convincente, cambia lo que sea la naturaleza de la deuda, su objeto o sus efectos. Precisa Laurent que es cierto que el acta auténtica tiene mérito ejecutivo, pero se pregunta qué importa ello, pues el acreedor que tiene un acto sin legalizar puede obtener la misma ventaja intentando una acción judicial.

Recuerda Laurent que la jurisprudencia de su tiempo se pronuncia en este sentido. Y anota que generalmente las actas auténticas están acompañadas de estipulaciones hipotecarias, y aun en esta relación no se puede decir que los actos notariados producen novación, pues el deudor sólo consiente voluntariamente lo que obtenía con pleno derecho el acreedor al obrar en justicia, ya que según el Código Civil francés, el juicio daba al acreedor una hipoteca sobre todos los bienes de su deudor, y, por consiguiente, al redactar un acta auténtica y aceptar una hipoteca, el deudor acuerda lo que no se puede rechazar.

Para Boffi Boggero[1978] no habría novación en la modificación del documento constatante. Precisa que si el documento que constata la obligación se cambió (como ocurre en el cambio de un instrumento privado a otro público), la obligación permanece igual; y así lo han reconocido, también, los tribunales argentinos.

Por nuestra parte, consideramos que el caso materia de análisis suscita seis hipótesis.

1977 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, p. 273.

1978 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, p. 325.

La primera, cuando las partes inicialmente han celebrado un acto consensual y luego deciden transformarlo en un acto *ad probationem*.

La segunda, cuando las partes hubieran celebrado inicialmente un acto consensual, pero luego deciden convertirlo en uno *ad solemnitatem*.

La tercera, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto *ad probationem* y posteriormente lo transforman en uno consensual.

La cuarta, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto *ad probationem* y más tarde deciden convertirlo en uno *ad solemnitatem*.

La quinta, cuando las partes han celebrado un acto *ad solemnitatem* (en la medida en que se hubiera tratado de una solemnidad autoimpuesta por las partes y no por la ley) y luego acuerdan transformarlo en uno consensual.

Y la sexta, en caso de que las partes hubieran celebrado inicialmente un acto solemne (autoimponiéndose dicha solemnidad) y posteriormente lo convierten en uno *ad probationem*.

En ninguno de estos casos hay novación. Para sustentar esta tesis nos basamos en las expresiones de Ospina Fernández[1979], quien anota que no habría novación cuando se pacta el cambio de la prueba de la obligación, como cuando se estipula que el contrato de arrendamiento, que es consensual, se eleve a escritura pública, o cuando esta escritura se otorga sin pacto previo. Precisa Ospina que la obligación u obligaciones han nacido válidamente, sin necesidad de esa escritura, y subsisten idénticas con el otorgamiento de ésta, a menos que el pacto consista en que el contrato no se repute perfecto mientras no se firme la escritura. En este último caso —según Ospina— se han subordinado las obligaciones del contrato a una condición y no nacen mientras ésta no se cumpla; pero aquí tampoco hay novación, porque no se dan obligaciones sucesivas, sino una o más obligaciones coetáneas: las producidas por el contrato que se celebra al ser escriturado.

2.5.5. Aumento, reducción o supresión de la tasa de interés

El aumento, la reducción o la supresión de la tasa de interés podrían constituir otros supuestos discutibles de novación objetiva por cambio de prestación.

Opina en sentido negativo Palacio Pimentel[1980], cuando estima que en ninguno de tales casos existe novación.

En igual sentido, Ospina Fernández[1981] señala que no habría novación por existir un pacto de intereses antes no estipulados o un aumento de los que sí lo estaban, pues tal pacto no puede afectar a los codeudores y terceros garantes que

1979 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 446.
1980 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 615.
1981 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 448.

no han participado en él, ya que aquí se trata de una obligación nueva a la que ellos no acceden.

Según Borja Soriano[1982], las modificaciones aportadas al servicio o al tipo de los intereses se concilian perfectamente con el mantenimiento de la deuda; entonces, no hay novación si después del vencimiento de una deuda que no causaba intereses el deudor se obliga a pagarlos.

Nuestra opinión podría concordar con la doctrina citada, entendiendo que la modificación de la tasa de interés de una obligación no puede configurar un supuesto novatorio. Ello, en virtud de que los intereses son accesorios de la obligación principal (el capital). Sin embargo, pensamos que la variación convencional de la tasa de interés sí podría constituir novación, en la medida de que, si la nueva tasa fuese mayor que la original, tal obligación no podría ser opuesta a los garantes de la obligación.

2.5.6. Inclusión de un cargo a una obligación pura y simple o supresión del cargo originalmente estipulado en la obligación

Estimamos que se podría tratar de un supuesto de novación objetiva por cambio de prestación cuando una obligación pura y simple se convierte (por pacto o por mandato de la ley) en una obligación con cargo.

Del mismo modo, cuando una obligación con cargo se convierte en una pura y simple podría haber novación.

Sin embargo, la doctrina consultada no comparte en términos absolutos nuestra apreciación.

Para Boffi Boggero[1983], por ejemplo, no existe novación en la modificación de un cargo no condicional. En este caso, la obligación queda intacta, debiendo, quien la incumple, pagar la indemnización correspondiente.

Pensamos que habría que analizar cada caso concreto. Así, no habría novación en supuestos tales como la modificación de un cargo en el acto celebrado, siempre y cuando fuese intrascendente, pues si el mismo revistiera importancia patrimonial, sí se produciría novación.

2.5.7. Adición o supresión de una cláusula penal

En relación con el tema de la cláusula penal, Palacio Pimentel[1984] opina que su adición a una relación obligacional no genera efectos novatorios.

1982 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 618.
1983 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.
1984 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 615.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que ello sería así en tanto nos encontremos ante la adición de una cláusula penal —en estricto—, vale decir, de un pacto anticipado de indemnización convenido antes de producirse cualquier incumplimiento o mora. Esto, porque la cláusula penal es subsidiaria y accesoria a la obligación de que se trate o cuyo cumplimiento asegure.

Con o sin cláusula penal, la obligación principal será exactamente la misma. Por eso, la inclusión o supresión de una cláusula penal sólo tendrá efectos de producirse el hecho para cuya seguridad se ha pactado, independientemente del contenido de la obligación principal, que permanece intacto. No obstante, queda claro que una nueva cláusula penal más gravosa que la primigenia o una cláusula penal que se hubiere pactado ahí donde no la había, no podrá ser opuesta a los garantes de la obligación.

2.5.8. Adición o supresión de las garantías

La modificación de las garantías es otro de los temas contemplados por la doctrina para dilucidar si en tal eventualidad hay o no novación.

Compartimos la opinión unánime de una respuesta negativa.

Los Mazeaud[1985] señalan que como las garantías no son sino accesorios del crédito, una modificación en las garantías no afecta a la existencia de la deuda. Ello no implica novación.

En opinión de Borja Soriano[1986], la modificación de las garantías no produce novación. En tal sentido, anota que, si el deudor o un tercero otorgan garantía al acreedor, esto no es suficiente para que opere novación. La fianza, la constitución de una garantía mobiliaria o de una hipoteca tienen por efecto simplemente asegurar el pago. Hacen nacer un accesorio de la deuda, pero no cambian nada en ella.

Para Ospina Fernández[1987], no habrá novación cuando se constituyen garantías que la obligación no tenía, o se aumentan, reducen o suprimen las que sí tenía, porque las garantías también son accesorios del crédito y su modificación no altera la prestación principal.

2.5.9. La *litis contestatio*

También se ha debatido si la *litis contestatio* produce novación.

Creemos —junto a Boffi Boggero y Llambías— que no la produce.

1985 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 466.
1986 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 618.
1987 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 446.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para Boffi Boggero[1988], no habría novación en la *litis contestatio*. Esta materia ha sido objeto de un amplio debate entre quienes afirman que la figura mencionada produce novación y quienes expresan lo contrario.

Anota Boffi Boggero que la *litis contestatio*, al margen de cualquier antecedente romano, no opera novación, ya que la obligación debatida queda intacta después de aquella figura jurídica.

Llambías[1989] afirma que la *litis contestatio* tampoco constituye un supuesto de novación. Señala el citado profesor que antiguamente se consideraba que la *litis contestatio*, o sea, la traba del litigio por demanda y contestación, entrañaba novación por cambio de causa, porque la *litis* ligaba a las partes y les imponía el deber de seguirla, de modo que la causa de las obligaciones existentes entre ellas ya no era la primitiva, sino el juicio mismo en que aquélla se había volcado.

Precisa el citado autor que, cualquiera fuese la validez de esa concepción en el Derecho romano, no se duda ya de que carece de sustento en el Derecho moderno, en el cual la *litis contestatio* sólo anuda una relación procesal sin modificar la relación jurídica sustancial que pudiera vincular a las partes; de ahí que sea dable concluir en que la traba de un litigio judicial no configura novación.

2.5.10. Variaciones en la obligación en virtud de una resolución judicial

La modificación de la obligación por resolución judicial es otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio es discutida en doctrina.

La mayoría de los autores consultados consideran que este supuesto no produce novación.

Para Boffi Boggero[1990] no habría novación en la modificación por sentencia judicial. Recuerda el citado profesor que se ha sostenido que la sentencia judicial produce novación sobre la base de que, por ejemplo, agrega *imperium* (nota de Derecho Procesal); el crédito se torna líquido, cierto; las obligaciones de hacer se transforman en obligaciones de dar; se establecen intereses donde no se habían convenido, etcétera. Boffi Boggero piensa, sin embargo, que no hay novación porque media inalterabilidad esencial de la obligación originaria, recogida en la sentencia, sea ésta de las llamadas declarativas, condenatorias, constitutivas o de cualquier otra terminología afín.

Expresa Llambías[1991], a su turno, que durante bastante tiempo los tribunales argentinos decidieron que la sentencia dictada en un juicio causaba la novación de las pretensiones ventiladas por las partes: cuando el acreedor obtenía una sentencia

1988 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.
1989 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 49.
1990 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 325 y 326.
1991 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 49 y 50.

favorable, su título respaldado por el imperio judicial emanaba de dicha sentencia y de la causa primitiva de la obligación —de ahí que en ese país la prescripción correspondiente a la ejecutoria judicial sea de diez años, aunque pudiese ser otro el plazo correspondiente a la obligación que hubiera motivado la sentencia—. Pero anota Llambías que se considera actualmente que, siendo la sentencia declarativa del derecho de las partes, ella no produce novación, sino que se limita a verificar la existencia de ese derecho en los términos que lo reconoce; y, en cuanto a las sentencias constitutivas, aunque originen obligaciones que encuentran su causa en el pronunciamiento judicial, no se refieren a la extinción de obligaciones anteriores, por lo que nunca pueden configurar novación.

2.5.11. Sustitución del carácter civil de la obligación por uno comercial y viceversa

Boffi Boggero[1992] sostiene que no constituye novación la sustitución del carácter de obligación civil por el de comercial y viceversa.

Añade este autor que la doctrina se ha dividido en torno al punto. Una parte estima, sobre todo por los diferentes plazos prescriptorios, que la respuesta debe ser afirmativa; mientras otra, considerando el primer supuesto —obligación civil primera—, sostiene que no, porque sigue siendo la misma obligación, aunque sometida a diverso régimen.

Boffi Boggero piensa que no hay novación en virtud de las siguientes razones: ante todo —y esto es decisivo—, se trata del mantenimiento de la misma obligación, porque, sea a través del cambio de competencia jurisdiccional o de la prescripción, siempre se está ante una misma obligación, y el carácter civil o comercial de ella mantiene la esencia intacta; siendo esto lo que acontece también en materia de plazo y, no mediando cambio de la causa de la deuda, cuando el acreedor aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de aquélla.

Refiere Llambías[1993], por su parte, que se discute mucho si la transformación de una obligación civil en comercial —por ejemplo, si se sustituye un reconocimiento de deuda originada en los servicios médicos recibidos por un pagaré comercial—, o viceversa, causa la novación de la obligación primitiva. Recuerda que Lafaille, Salvat y Galli piensan que en esa hipótesis se produce novación porque se suscita —en la Argentina— un cambio en la jurisdicción competente que habrá de ser la de los tribunales del fuero comercial, y en cuanto al plazo de prescripción aplicable. Otros autores —cuya opinión comparte Llambías— consideran que en ese supuesto no hay novación, solución que considera congruente con la que adopta el codificador argentino en el artículo 813, con respecto al pago con documentos.

1992 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, pp. 323 y 324.

1993 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo iii, pp. 50 y 51.

Sobre este particular, pensamos que, dado el creciente proceso de unificación a nivel legislativo del tratamiento de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, paulatinamente desaparecerá la incertidumbre anotada.

Como sabemos, el Perú no ha sido ajeno a este proceso de unificación, y a través del artículo 2112 del Código Civil de 1984 se estableció que «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio».

Ahora bien, no obstante ello, sí habría novación en tanto —teóricamente hablando— el nuevo régimen legal aplicable a la obligación difiera del que le resultaba pertinente cuando tenía naturaleza distinta.

Por lo demás, en el Derecho peruano no se presenta el problema anotado por los profesores argentinos citados, ya que el régimen legal de una misma obligación, si pasa de ser civil a comercial, no altera el contenido de la misma[1994].

2.5.12. Modificaciones en el modo de ejecución de la prestación

En relación con eventuales modificaciones sobre el modo de cumplimiento de la obligación, estima Boffi Boggero[1995] que no habría novación cuando se den modificaciones sobre el «modo del cumplimiento»; pues la expresión «modo» significa —en este punto— algo semejante a manera o procedimiento para cumplir o pagar; la obligación es la misma, ya se pague en la moneda pactada, ya en otra de curso legal, se agregue o se suprima la *facultate solutionis*.

Por nuestra parte, consideramos que las expresiones del citado profesor no deben ser tomadas en términos absolutos, ya que, si bien es cierto que ellas resultarían aplicables a la gran mayoría de las obligaciones de dar, no debe olvidarse que el modo de cumplimiento usualmente es fundamental en las obligaciones de hacer, tal como lo expresamos al analizar dicha clase de obligaciones.

De esta forma, el cambio en la manera o modo de ejecución de la prestación podría tener tal relevancia que constituya un supuesto de novación objetiva.

Por ejemplo, si un cantante se obliga con un canal de televisión a efectuar una presentación utilizando *play back* y, con posterioridad, acuerda con la misma empresa realizar dicha presentación en vivo, sin duda se habría novado la obligación primigenia.

Adviértase que el modo de ejecución de la prestación tiene, en este caso, particular importancia. Una presentación en vivo a menudo supone la presencia de una orquesta, y ésta, evidentemente, hace más onerosa a la prestación originaria.

1994 Texto correspondiente a la tercera edición.

1995 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

Finalmente, si se acuerda que la obligación se expresará en signo monetario distinto al pactado, sin lugar a dudas habrá novación[1996].

2.5.13. Inclusión de una deuda en una cuenta corriente

También resulta claro, como anota Palacio Pimentel[1997], que la incorporación de una deuda en una cuenta corriente no constituiría novación.

Hasta aquí los supuestos cuya calidad de actos novatorios son negados, en general, por la doctrina, y discutidos, en algunos casos, por nosotros.

2.5.14. Otros casos

Estimamos necesario, antes de concluir, anotar los supuestos de mayor incidencia práctica que, en opinión nuestra, siempre constituyen novación, ya que, según hemos señalado, del tenor del artículo 1279 del Código Civil peruano no es posible establecer *contrario sensu* cuáles son los cambios en la prestación que producen novación. En adelante, enunciamos tales supuestos:

- Otro caso novatorio se presenta cuando una de las comúnmente llamadas obligaciones naturales se sustituye por otra de carácter civil.

  Desde antiguo, una obligación natural podía servir de base a la novación. Refiere Eduardo Volterra[1998] que en algunos textos romanos se afirma que tanto una *obligatio civilis*, cuanto una *obligatio naturalis*, podían ser sometidas a la novación.

  Sobre el tema, señalan Arias Ramos y Arias Bonet[1999] que en el Derecho romano la obligación anterior que se pretendía novar podía ser de cualquier clase: meramente civil, natural o pretoria; y derivada de cualquier fuente.

  Como se sabe, la novación exige, entre otros elementos, la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente. Adviértase que la novación necesita únicamente de la validez de la obligación primitiva, mas no de su exigibilidad. En tal sentido, consideramos posible novar las denominadas obligaciones naturales.

  En opinión de Llambías[2000], todas las obligaciones naturales pueden ser —en principio— objeto de novación, pues ésta sólo requiere la existencia de una obligación anterior que le sirva de causa, extremo que satisface la obligación natural, que es verdadera obligación.

1996 Texto correspondiente a la tercera edición.

1997 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, p. 615.

1998 Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado romano*. Madrid: Civitas, 1986, p. 602.

1999 Arias Ramos, José y Juan Antonio Arias Bonet. *Op. cit.*, tomo II, p. 713.

2000 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 61.

ESTUDIO OMAR CAIRO FREYRE

A decir de Suárez[2001], poco importa que la obligación primigenia sea civil o natural, ya que ambas son causa eficiente de un pago válido. Si la obligación es válida, siquiera naturalmente, hay novación[2002].

Considera Huc[2003] que la obligación natural se puede novar porque se puede pagar, pues ella constituye una obligación civil imperfecta. En cambio, las obligaciones morales o de conciencia, pueden servir de base a una liberalidad, pero no para un verdadero pago ni para una novación.

Salvat[2004], por su parte, expresa que la ley civil argentina al exigir como condición de la novación la existencia de una obligación anterior no hace distinción alguna entre obligación civil o natural, pues esta última —aunque el vínculo jurídico esté debilitado— constituye una verdadera obligación y como tal puede ser novada.

Dentro de tal orden de ideas, precisa señalarse que existe una posición contraria en doctrina.

En opinión de Laurent[2005], las obligaciones naturales no pueden ser novadas, pues éstas no existen ante la ley al estar desprovistas de acción. La novación —precisa Laurent— supone una deuda; luego, allí donde no hay deuda, la novación es imposible; siendo las obligaciones naturales inexistentes ante la ley civil, no es posible la novación.

Por otra parte, en opinión de algunos autores, el reconocimiento de una obligación natural tiene la virtualidad de transformar a ésta en una obligación civil.

Galli, citado por Llambías[2006], afirma que el reconocimiento de la obligación natural puede ser juzgado por las disposiciones de la novación a efectos de acordar acción al acreedor en caso de que la obligación no sea luego cumplida espontáneamente por el deudor que la reconoció.

Expresa Salvat[2007] que la conclusión favorable al respecto se funda en que la novación no exige necesariamente cambio de objeto, pues basta un cambio en algún elemento sustancial de la obligación. Por otro lado, el deudor que reconoce la obligación natural para permitir a su acreedor

2001 Suárez Suárez, Guillermo. *Op. cit.*, p. 295.

2002 Resulta de interés anotar que el Código Civil colombiano legisla sobre el particular en el artículo 1689, disponiendo que para la validez de la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente.

2003 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 141.

2004 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 294 y 295.

2005 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, pp. 263 y ss.

2006 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 62.

2007 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 295.

reclamar el cumplimiento, entiende quedar obligado sólo por la obligación del reconocimiento y no por éste, ni por la anterior obligación natural.

Anota Llambías[2008] que cuando el deudor acepta el carácter civil de la deuda se produce la novación de la obligación natural que queda transformada en obligación civil.

No obstante, Llambías precisa que el mero reconocimiento de la obligación natural, en cuanto tal, no implica novación. Para que se produzca la transformación en obligación civil debe concurrir la inequívoca intención del deudor en ese sentido. Sería necesaria la expresión de la voluntad del deudor de asumir la deuda en el carácter de obligación civil.

En opinión nuestra, el reconocimiento de las obligaciones naturales podría tener efectos novatorios, tal como lo hemos manifestado.

Si el deudor de una deuda prescrita, por ejemplo, reconoce hallarse obligado a su cumplimiento, puede perfectamente renunciar a los beneficios de la prescripción extintiva acaecida (ya ganada), de suerte que la obligación —actualmente natural— se convertiría, una vez más, en civil, y, por lo tanto, resultaría exigible.

Así las cosas, el reconocimiento de una obligación natural y la renuncia expresa a la prescripción ya ganada conferiría al acreedor, en caso de inejecución por el deudor, acción para exigir su pago.

En ese sentido, si se nova una obligación natural por una civil, será la civil la única que existiría y, por tanto, no habría problema para exigir su cumplimiento.

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

  Éste es —sin lugar a dudas— un supuesto de novación objetiva, ya que así lo considera el propio texto de la ley.

- Por otra parte, el artículo 1285, primer párrafo, del Código Civil, estatuye que cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario. Se trata, pues, de otro supuesto expreso de novación.

- El segundo párrafo del artículo 1285 prevé otro caso de novación, al prescribir que cuando una obligación sujeta a condición resolutoria se convierte en pura y simple, opera novación, salvo pacto en contrario.

2008 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 61 y 62.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Otro supuesto novatorio es el establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil, norma que señala que, si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.
- Un supuesto novatorio más se configura cuando una obligación de dar se transforma en una de hacer.
- Igualmente, habrá novación cuando una obligación de dar se transforma en una de no hacer.
- Cuando una obligación de hacer se transforma en una de dar, estaremos, sin duda, ante un supuesto novatorio.
- Lo mismo ocurrirá cuando una obligación de hacer se transforme en una de no hacer.
- Igualmente, estaremos en presencia de novación cuando una obligación de no hacer se transforme en una de dar.
- Habrá novación cuando una obligación de no hacer se transforme en una de hacer.
- Asimismo, estaremos en presencia de novación cuando una obligación de dar se transforme en otra de dar algo distinto.
- Será novación si una obligación de dar bien cierto deviene en una de dar un bien fungible.
- También habrá novación objetiva si la obligación de dar un bien fungible se transforma en una de dar un bien cierto.
- Igualmente, tendrá efectos novatorios una obligación de hacer al momento de transformarse en una de hacer algo distinto.
- También habrá novación cuando una obligación de no hacer se transforma en otra de no hacer algo distinto.
- Habrá novación si una obligación de objeto simple (es decir, de una sola prestación) se convierte en una obligación conjuntiva.
- También habrá novación si una obligación de objeto simple se transforma en una obligación alternativa.
- Lo propio ocurrirá si una obligación de objeto simple se transforma en una obligación facultativa.
- También habrá novación cuando una obligación conjuntiva se convierta en una de objeto simple, cuando las partes así lo acuerden.
- Habrá novación cuando una obligación alternativa se convierta en una de objeto simple (no por el proceso de «concentración anormal de la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

prestación», ni por producirse la elección de la prestación a ejecutar —ya sea por parte del deudor, del acreedor o de un tercero, según se haya convenido—, sino por acuerdo entre las partes).

- Igualmente, habrá novación si una obligación facultativa deviene en una de objeto simple (pero no por resultar imposible la prestación accesoria, sino por existir acuerdo novatorio).
- Sin lugar a dudas, estaremos en presencia de una novación cuando observemos la transformación de una obligación conjuntiva en otra de carácter alternativo.
- También habrá novación si por acuerdo de partes o disposición de la ley, una obligación conjuntiva se transforma en una de carácter facultativo.
- Dentro del mismo orden de ideas, si una obligación alternativa se convierte en otra de carácter conjuntivo, también habrá novación.
- También estaremos en presencia de una novación cuando una obligación alternativa se convierta en una facultativa.
- Por otra parte, es obvio que habrá novación si una obligación facultativa se convierte en una conjuntiva.
- Será también un supuesto novatorio si una obligación facultativa se transforma en otra de carácter alternativo.
- Resulta evidente que también nos encontraremos ante supuestos novatorios cuando exista una transformación en las obligaciones con pluralidad de sujetos, ya que, al igual que en los casos antes mencionados, las diferencias en la naturaleza y tratamiento o regulación legislativos de estas obligaciones podrán variar radicalmente el régimen de éstas. Salvo, naturalmente, los casos en que tal situación deriva de la aparición o supresión de uno de los sujetos de la relación obligatoria fruto de actos de transmisión inter vivos de parte de la misma relación obligatoria o supuestos de orden sucesorio.

  Dentro de tal orden de ideas, habrá novación objetiva por cambio de prestación cuando una obligación divisible y mancomunada se transforme en otra de carácter indivisible y mancomunado.
- También habrá novación si una obligación divisible y mancomunada se transforma en otra de carácter indivisible y solidario.
- Estaremos en presencia de otro supuesto de novación objetiva por cambio de prestación, cuando una obligación divisible y mancomunada se transforme en otra de carácter divisible y solidario.
- También habrá novación si una obligación divisible y solidaria se transformara en una indivisible y mancomunada.

ESTUDIO MENEZO CASTILLO FREIRE

- Igualmente estaremos en presencia de novación objetiva cuando una obligación divisible y solidaria se transforme en otra de carácter indivisible y solidario.
- Asimismo, habrá novación si una obligación divisible y solidaria deviene en otra de carácter divisible y mancomunado.
- Por otra parte, también habrá novación si una obligación indivisible y mancomunada se transforma en otra divisible y mancomunada.
- Igualmente habrá novación si la obligación, que en un inicio era indivisible y mancomunada, deviene en otra de carácter divisible y solidario.
- Ocurrirá lo propio si una obligación indivisible y mancomunada se transforma en otra indivisible y solidaria.
- También habrá novación objetiva si una obligación indivisible y solidaria se transforma en otra divisible y mancomunada.
- Estaremos ante un supuesto novatorio si una obligación indivisible y solidaria se transforma en otra de carácter divisible y solidario.
- Asimismo habrá novación si una obligación indivisible y solidaria deviene en indivisible y mancomunada.
- Por otra parte, resulta evidente que hablamos de un supuesto novatorio cuando una obligación de dar un bien cierto se transforma en otra de dar un bien incierto.
- Si una obligación de dar bien incierto se transforma (no por efecto de la elección, sino por un acuerdo novatorio) en una obligación de dar bien cierto, habrá novación.
- Estaremos en presencia de un supuesto novatorio en caso de que la obligación de dar un bien incierto se transformara en otra de dar un bien fungible.
- Lo propio ocurrirá en caso de que una obligación de dar un bien fungible se vea transformada en otra de dar un bien incierto.
- Como sabemos, los tres criterios clasificatorios de las obligaciones que contempla el Código Civil peruano, vale decir, de acuerdo con la naturaleza de la prestación (dar, hacer y no hacer), de acuerdo con la pluralidad de objetos (conjuntivas, alternativas y facultativas) y de acuerdo con la pluralidad de sujetos (divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias), no son excluyentes, sino complementarios.

En tal sentido, podríamos tener las siguientes combinaciones de relaciones obligatorias:

- Obligación de dar, conjuntiva, divisible y mancomunada.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

- Obligación de dar, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, conjuntiva, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de dar, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de dar, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, alternativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de dar, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de dar, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de dar, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de dar, facultativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de hacer, conjuntiva, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, conjuntiva, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de hacer, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, alternativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de hacer, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de hacer, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de hacer, facultativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, indivisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, conjuntiva, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, alternativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, alternativa, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, alternativa, indivisible y mancomunada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Obligación de no hacer, alternativa, indivisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, facultativa, divisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, facultativa, divisible y solidaria.
- Obligación de no hacer, facultativa, indivisible y mancomunada.
- Obligación de no hacer, facultativa, indivisible y solidaria.

De lo expuesto, puede apreciarse claramente que sólo utilizando los criterios clasificatorios de las obligaciones asumidos por el Código Civil peruano (a los cuales —incluso— hemos agregado el de las obligaciones conjuntivas), tendríamos 36 supuestos o combinaciones distintas. De ahí que si nos planteáramos la posibilidad de que cada uno de esos supuestos se nove en otro cualquiera de los 35 restantes —lo que resulta plenamente factible en los planos teórico y práctico—, tendríamos un total de —al menos— 1260 posibilidades novatorias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación subjetiva por cambio de acreedor

Artículo 1280.- En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1280

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 abordó la materia en el artículo 868: «La novación por la que un nuevo acreedor es substituido al antiguo, puede hacerse sin consentimiento del deudor»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo reguló en el artículo 2665: «En las novaciones ó se observan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber, ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en el artículo 3001: «Para que haya novación por sustitución de acreedor, es necesario que con consentimiento del deudor se celebre el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye.— Si el contrato se celebra sin consentimiento del deudor, no hay novación, sino cesión de derechos».

El Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 se ocupó de la materia en su artículo 249: «En las novaciones, o se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda o causa de deber; o se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, o poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior»; en tanto que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 238: «En las novaciones, o se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda o causa de deber; o se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, o poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior».

Posteriormente, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 reguló el tema en el artículo 1276: «En las obligaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa invisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; mientras que el Código Civil

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de 1936 lo hacía en el artículo 1287: «En las obligaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa invisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no trató el tema, en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 135: «En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1299: «En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1247: «En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del deudor».

2. Análisis

2.1. La novación subjetiva

Una de las formas en las que puede operar la novación es mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina novación subjetiva.

Según anotan Roland, Starck y Boyer[2009], el cambio en los sujetos de la obligación es un elemento nuevo suficiente que entraña novación.

En el *Digesto* —precisan los autores citados— se encuentra la fórmula *novatio enim a novo nomen accipit*, que significa sin novedad, no hay novación. En el caso de la novación subjetiva, el elemento nuevo o *aliquid novi* procede de un cambio en los sujetos (acreedor o deudor) de la obligación.

Jorge Eugenio Castañeda[2010] señala que la novación subjetiva se da cuando cambian las partes que aparecen ligadas por la obligación, de modo que la obligación nueva difiere de la anterior porque ha cambiado la persona del acreedor o la persona del deudor.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2011], la novación subjetiva es la que se produce cuando cambia alguno de los sujetos de la obligación, o, lo que es más raro, pero no imposible, ambos.

2009 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 254.
2010 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 211.
2011 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 261.

En opinión nuestra, hay novación subjetiva cuando la obligación primitiva se sustituye por una relación obligatoria distinta en la que aparece un nuevo acreedor o un nuevo deudor, o un nuevo acreedor y un nuevo deudor, por haber operado un cambio en los sujetos de la obligación primigenia. La novación subjetiva es de dos clases: por cambio de acreedor o por cambio de deudor.

2.2. Clases de novación subjetiva

2.2.1. La novación subjetiva por cambio de acreedor

El artículo 1280 del Código Civil peruano de 1984 trata del primer supuesto de novación subjetiva, esto es, el de la novación por cambio de acreedor.

Esta modalidad novatoria se produce mediante la creación de una nueva obligación con distinto acreedor, que extingue y sustituye a una relación obligatoria preexistente.

Castañeda[2012] expresa que la novación subjetiva por mudanza del acreedor ocurre todas las veces que, en virtud de una nueva obligación, otro acreedor sustituye al acreedor antiguo, por lo que el deudor quedará libre con respecto a este último. La figura es ésta: el deudor contrae una obligación con otro acreedor y el acreedor originario declara libre a dicho deudor de la obligación primitiva. Así, X debe 500 a Z y convienen que en lugar de pagárselos a Z se los pague a M, quien se transforma en acreedor.

Borja Soriano, citando a Baudry-Lacantinerie[2013], anota que la novación por cambio de acreedor supone la sustitución de un nuevo acreedor por el antiguo; el antiguo pierde sus derechos, en tanto el nuevo los adquiere.

Ahora bien, para que opere novación por cambio de acreedor se requiere del consentimiento de tres partes: del acreedor originario, del nuevo acreedor y del deudor (quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio del acreedor). En efecto, esta forma novatoria exige no sólo el *animus novandi* del antiguo y del nuevo acreedor, sino también la voluntad de novar del deudor.

A decir de Castañeda[2014], cuando la novación es por cambio de acreedor debe concurrir el consentimiento de los tres intervinientes, esto es, del antiguo acreedor, del deudor y del nuevo acreedor. El primero, renuncia a su crédito; el deudor contrae una nueva deuda; y el nuevo acreedor adquiere un crédito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2012 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 212.
2013 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 619.
2014 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 219.

La novación por cambio de acreedor determina la creación de una nueva obligación a cargo del deudor. De allí que se requiera del asentimiento de éste. Lo contrario significaría la imposición de una nueva obligación al deudor.

De similar opinión es Salvat[2015], cuando señala, como condición de la novación que estudiamos, el que la sustitución de un acreedor por otro se haga con el consentimiento del deudor. La razón es que se trata de imponerle una nueva obligación y esta imposición no puede tener lugar sin la voluntad de aceptarla. Si este requisito falta, no habrá novación. Sin el concurso de la voluntad del deudor no puede haber creación de una nueva obligación, ni novación.

Según Albaladejo[2016], en la novación subjetiva por cambio de acreedor es necesaria la concurrencia de las voluntades de los dos acreedores y del deudor. De los acreedores, porque uno pierde un derecho y el otro adquiere otro; y es preciso que lo consientan. Del deudor, porque contrae una obligación nueva —cuestión para la que se requiere su aceptación— que, aun siendo del mismo contenido que la antigua, puede serle perjudicial. Por ejemplo, si la contrae con posterioridad, tardaría más en prescribir.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que la declaración de voluntad del deudor es un requisito de validez del contrato novatorio bajo análisis, y no sólo uno de eficacia.

En suma, para que se extinga una obligación y en su reemplazo se cree una nueva con distinto acreedor, se requiere no sólo del convenio entre el primitivo acreedor y el nuevo, sino además el consentimiento del deudor. Este es un elemento esencial de la novación. Sin el consentimiento del deudor no podría crearse una nueva obligación a su cargo, aun cuando la prestación fuera la misma que la de la antigua obligación.

De otro lado, las declaraciones de voluntad que precisa la validez de la novación por cambio de acreedor pueden producirse o no de manera simultánea. En tal sentido, resulta indiferente si el asentimiento del deudor respecto de la novación es anterior, concomitante o posterior al acuerdo novatorio que el acreedor originario y el nuevo hubieren celebrado. Así, la declaración de voluntad del deudor podrá producirse incluso con posterioridad a dicho acuerdo, pero sólo entonces este último tendrá validez.

Más aún, en opinión de Salvat[2017], el consentimiento del deudor puede manifestarse de manera expresa o tácita. Por un lado, la ley no exige manifestación expresa y, de otro, la voluntad de novar —si bien debe ser clara— puede manifestarse tácitamente o resultar de las circunstancias.

2015 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 61.
2016 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 326 y 327.
2017 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 61.

Por otra parte, precisa recordarse que algunos autores denominan a la novación por cambio de acreedor como delegación perfecta o novativa, pues identifican la figura de la delegación con la novación subjetiva[2018].

Gaudemet[2019] afirma que la novación por cambio de acreedor funciona como consecuencia de un acto jurídico llamado delegación. El acreedor delega a su deudor, en favor de quien debe convertirse en su acreedor, substituyéndosele. El deudor se obliga respecto de este nuevo acreedor, y el acreedor primitivo le libera respecto de él mismo.

Según anota Lozano Berruezo[2020], la identificación de la delegación y la novación se produce por haber regulado el *Digesto* ambas instituciones en un mismo título (Título 46.2 *De Novationibus et delegationibus*). A partir de entonces, por un lado, los glosadores afirman el principio *in delegatione semper in est novatio*; y de otro, sus sucesores erróneamente reconocen a la delegación como una de las formas o especies de la novación.

Salpius, citado por Lozano Berruezo[2021], considera que el aforismo *in delegatione semper in est novatio* no tuvo en el pensamiento de los jurisconsultos ni en el de sus sucesores, la intención que se le ha dado. Sólo ha querido decirse que la delegación produce efectos liberatorios en la relación entre el delegante y el delegado. Se han confundido los términos «liberación» y «novación».

En este sentido, Acursio —también citado por Lozano Berruezo—[2022] expresa que en la afirmación «la delegación produce novación», el término novación se usa como sinónimo de liberación. No se quiere, por tanto, hablar de identidad entre novación y delegación, sino demostrar el carácter liberatorio de sus efectos.

Adicionalmente, resulta de interés referirnos a los antecedentes de la modalidad novatoria bajo comentario.

2018 La ley civil peruana no se ocupa de la delegación en la forma anotada. Esta figura se utiliza principalmente en el ámbito mercantil.
Mediante la teoría de la delegación se ha intentado explicar algunas operaciones del Derecho Mercantil, tales como el endoso de los títulos a la orden, la trasmisión de los títulos nominativos, entre otras.
La delegación —señala Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 236 y 237)— no constituye más que la orden que una persona da a otra para que ésta realice una prestación o haga una promesa a tercero, de modo que la prestación o la promesa se entiendan hechas por la primera persona.
La delegación puede ser pasiva, si el deudor encarga a un tercero que pague o prometa pagar al propio acreedor y éste libera al primer deudor; y activa, si el acreedor encarga a quien es su deudor que pague o prometa pagar a un tercero y lo libera con respecto a él, que es el primer acreedor.

2019 Gaudemet, Eugène. *Op. cit.*, p. 480.

2020 Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 33.

2021 *Ibidem*, p. 35.

2022 *Ibidem*, pp. 35 y 36.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

La novación subjetiva por cambio de acreedor fue la primera forma novatoria que concibió el Derecho romano. Sin embargo, el interés que despierta el estudio de sus antecedentes versa en su función. La novación por cambio de acreedor fue el primer procedimiento utilizado por los romanos para lograr la trasmisión de las obligaciones[2023].

Recuérdese que el carácter personalísimo que los romanos dieron a la relación obligatoria determinó su intransmisibilidad.

Refiere Petit[2024] que ante la pregunta de si un acreedor puede transferir su crédito a un tercero que se hace acreedor en su lugar, los romanos respondieron negativamente. Un crédito no puede ser transferido como la propiedad de las cosas corporales. La obligación es un lazo especial entre dos personas, una relación entre un acreedor y un deudor determinados. Si se quiere hacer pasar el crédito a un tercero, se cambia uno de los términos de la relación, y ésta ya no es la misma: hay otro lazo entre el antiguo deudor y el nuevo acreedor, pero ya no es la misma obligación.

Cazeaux y Trigo Represas[2025] anotan que el Derecho romano de las primeras épocas tenía una concepción subjetiva y estática de la obligación. Se la consideraba como un vínculo de persona a persona, con el resultado de la intransmisibilidad de la obligación. Ésta debía ser exigida y cumplida por los sujetos que, en calidad de acreedor y deudor, respectivamente, habían intervenido en los actos de los cuales había surgido la obligación.

Sin embargo —precisan los autores citados—, las necesidades del mundo de los negocios fueron demostrando que un crédito es un elemento del patrimonio, es un «bien» como cualquier otro, y —como tal— susceptible de negociaciones que permitan a su titular proveerse de recursos económicos. Ante ello, los romanos idearon dos vías que permitieron soslayar el obstáculo de la intransmisibilidad de la obligación, a saber: la novación subjetiva por cambio de acreedor y la *procuratio in rem suam*.

De igual manera, Gaudemet[2026] indica que el Derecho romano partió del principio que negaba la trasmisión de las obligaciones. Pero, con el desarrollo del comercio, comprendió que el titular de un crédito puede —antes del vencimiento— tener

2023 En el Derecho romano de la época clásica, la novación subjetiva surgió unida a la idea de la trasmisión de las obligaciones y no a la de su extinción.
La novación por cambio de acreedor cumplió una función distinta en el Derecho clásico de la que desarrolló en el Derecho justinianeo. En aquél, esta forma novatoria fue un medio de trasmisión de las obligaciones, mientras que en este último fue un modo de extinción de éstas.
Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 329 y 330) señala que la novación fue —inicialmente— la manera de que se valió el Derecho romano para realizar la trasmisión de los créditos y las deudas.

2024 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 484.

2025 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 4 y 5.

2026 Gaudemet, Eugène. *Op. cit.*, p. 478.

necesidad de usar ese valor, por lo que conviene permitirle que lo negocie. Así fue como se recurrió en Roma a procedimientos prácticos para conseguir indirectamente lo que el principio no permitía lograr de manera directa. El primer procedimiento fue el de la novación por cambio de acreedor.

Según Petit[2027], esta modalidad novatoria fue el medio más antiguo y el único en uso bajo las acciones de la ley para lograr la cesión de los créditos.

La novación por cambio de acreedor, afirma Petit[2028], permitió hacer pasar de una persona a otra el beneficio de la obligación. El nuevo acreedor estipula del deudor lo que es debido al antiguo. Esta estipulación extingue el derecho del primer acreedor y hace nacer en provecho del estipulante una obligación nueva.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[2029] que en el Derecho romano la novación por cambio de acreedor cumplió una muy estimable función, al punto de convertirse en el primer procedimiento utilizado para lograr la trasmisión de los créditos. No obstante, al admitirse que las partes podían modificar y especialmente trasmitir activa y pasivamente el vínculo obligatorio, la *ratio* de este instituto se fue degradando y comenzó su notoria declinación; incluso han llegado a sostener que es una figura que por sí no tiene razón para subsistir y por eso va desapareciendo de los cuerpos legales modernos.

En efecto, no son pocos los autores que desconocen utilidad práctica a la novación por cambio de acreedor, por considerar que existen en la actualidad otras instituciones que cumplen su antigua función, pero con mayor eficiencia[2030].

Luis María Rezzónico[2031] anota que muchos juristas propugnan la desaparición de la novación por cambio de acreedor como institución autónoma, ya que ella ha perdido mucho de la considerable importancia e interés práctico que tenía en el

2027 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 485.

2028 *Ibidem*, p. 496.

2029 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 247.

2030 En este sentido, expresa Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. *Op. cit.*, tomo III, p. 26) que, admitida ampliamente por el Derecho de nuestro tiempo la transmisibilidad de la obligación, tanto en su aspecto activo como pasivo, ha desaparecido el motivo que tuvo antiguamente la novación. Ahora, cuando las partes desean introducir algún cambio de acreedor o deudor en la relación obligatoria pueden recurrir a la respectiva cesión, sin que ello imponga la necesidad de considerar que la obligación originaria ha sido extinguida.
Betti (Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 316 y ss.) considera que la función de transferir el deber del acreedor ha desaparecido completamente en el Derecho actual al irse afirmando una serie de figuras que resuelven con instrumentos más ágiles y prácticos el problema de la circulación del crédito. Entre tales instituciones destacan la cesión de créditos, la cesión de posición contractual, el pago con subrogación y la delegación.
Refieren los Mazeaud (Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 460), por su parte, que la creación de la cesión de créditos ha provocado la declinación de la novación.
El Código alemán —por ejemplo— no la menciona; admite la trasmisión directa no sólo de los créditos, mediante la cesión de créditos, sino de las deudas, a través de la cesión de deudas.

2031 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, pp. 948 y 949.

Derecho romano, y hoy son otras instituciones de uso universal las que cumplen la función traslativa de las obligaciones. Dentro de esta línea se pronuncia Moisset de Espanés[2032], al preguntarse: ¿qué interés práctico puede haber en efectuar esta novación, cuando el acreedor puede perfectamente hacer cesión de su crédito sin ninguna intervención, sin ninguna injerencia del deudor? Moisset responde a esta interrogante señalando que en la práctica no se presentan casos de novación por cambio del acreedor.

En opinión nuestra, la disminución de la importancia práctica de una institución respecto de otras, no justifica su abolición. Menos aún, cuando aquélla presenta caracteres que le son propios e insustituibles por la sola autonomía de la voluntad.

La novación por cambio de acreedor es un medio extintivo y creador de obligaciones, y esta dualidad es la nota característica que prueba su vigencia.

Según Rezzónico[2033], la pérdida de importancia de este instituto no es un argumento suficiente que determine su desaparición y por ello la generalidad de las legislaciones, aun las más recientes, mantienen su regulación.

Justificando la autonomía de la novación respecto de la cesión de derechos, Manuel Augusto Olaechea[2034] afirma que, desde el punto de vista activo, la cesión de derechos ha logrado imponerse en todos los códigos. Desde el punto de vista pasivo, la cesión de deudas ha ganado algún terreno, hasta figurar como institución específica en los Códigos de Alemania y Suiza. Ante ello, se pregunta si tiene algún interés práctico la trasmisión del crédito o la deuda sin que opere novación.

El interés de la institución —precisa Olaechea— dependería de que subsistieran vigentes los derechos accesorios que garantizan la deuda; pero ni el mismo Código alemán lo ha establecido así, vinculando al consentimiento la subsistencia de los derechos accesorios de garantía. Y concluye señalando que «aunque la novación ha perdido mucho de su antigua importancia es evidente que tiene caracteres que le son peculiares».

Cazeaux y Trigo Represas[2035], en fin, sin desconocer el relativo decaimiento de la novación por cambio de acreedor, no justifican la necesidad de hacerla desaparecer, por cuanto siempre existen matices de valor especial. Quizá sea ésta la razón por la que la tendencia promovida en el Derecho comparado por el Código Civil alemán, que no legisla la novación como institución jurídica especial, no ha sido seguida por los códigos posteriores.

2032 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 65.

2033 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, p. 949.

2034 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, pp. 91-93.

2035 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 247 y 248.

2.2.2. La novación subjetiva por cambio de deudor

La novación subjetiva por cambio de deudor se produce por delegación, a iniciativa del deudor; y por expromisión, a iniciativa del acreedor que conviene con un tercero la asunción de la deuda por este último.

El análisis de la novación subjetiva por cambio de deudor lo efectuaremos en nuestros comentarios a los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación

Artículo 1281.- La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1281

En la legislación colonial, la Ley de las *Siete Partidas*, Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que «*Si el debdor que deuiesse alguna cosa a otro, renouasse el pleyto otra vez, dando otro debdor, o manero, en su logar, a aquel a quien deuiesse la debda, a plazer del; diziendo abiertamente el debdor, que lo fazia con voluntad que el primero fuesse desatado, e este debdor, o manero, que metieron en su lugar de nueuo, que fincasse obligado por la debda, e el otro quito*».

Este artículo 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 abordaba el tema en sus artículos 869: «La obligación, por la que un deudor da al acreedor otro deudor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente que deja libre al deudor que ha hecho la delegación»; 870: «El acreedor, que deja libre al deudor que ha hecho la delegación, no tiene recurso alguno contra él, si el delegado se hace insolvente, a no ser que la escritura contenga una reserva expresa, o que el delegado a tiempo de la delegación hubiese quebrado o hecho bancarrota»; y 871: «La simple indicación hecha por el deudor de la persona que debe pagar en su lugar, no produce novación; lo mismo sucede con la que el acreedor hace de la persona que debe reemplazarlo»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en sus artículos 2268: «En las novaciones en las que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; a no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; y 2271: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, trataba la materia en sus artículos 3002: «Si en la novación se sustituye al deudor por otro nuevo, quedan extinguidas las hipotecas y demás seguridades de la obligación anterior. [...]»; 3003: «En la novación, en que se pone nuevo deudor, todos los antiguos coobligados, como deudores solidarios, fiadores o codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que también se obliguen en el nuevo

FERNANDO CASTRO FREYRE

contrato»; 3007: «Si el deudor propone al acreedor que acepte a un tercero que se compromete a cumplir la obligación de aquél, la aceptación del acreedor no produce novación, si éste no declara expresamente su voluntad de dejar libre al deudor primitivo. A falta de tal declaración se reputa al tercero, como comisionado del deudor para cumplir la obligación, o como su fiador solidario, o simple, según los términos del contrato»; 3011: «El delegado de alguno, de quien aquel que creía ser deudor no siéndolo, que promete al acreedor del delegante pagarle para libertarse de la falsa deuda, está obligado a cumplir su promesa; pero tiene derecho para exigir del delegante que pague por él, o le reembolse lo pagado»; y 3012: «El delegado de alguno que se creía deudor no siéndolo, no tiene obligación a favor del acreedor; y si paga creyendo sea verdadera la deuda, queda respecto del delegante en la condición que tendría en el caso de que la deuda hubiera sido cierta; pero el delegante conserva expedito su derecho de exigir al acreedor la restitución de lo indebidamente pagado».

El Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, establecía lo siguiente en los artículos 252: «En las novaciones en las que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; y 255: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior»; en tanto que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en los artículos 240: «En las novaciones en las que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; y 243: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior».

Posteriormente, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trató el tema en sus artículos 1276: «En las novaciones en las que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; y 1278: «Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior»; mientras que el Código Civil de 1936, lo hacía en los artículos 1287: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa invisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; y 1289: «Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no registra antecedentes al respecto.

FONDO EDITORIAL PUCP

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, regía la materia en su artículo 136: «La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor»; mientras que el Proyecto de Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1299: «La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor»; y finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 la legislaba en artículo 1248: «La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el consentimiento del acreedor».

2. Análisis

2.1. La novación subjetiva por cambio de deudor

Una de las modalidades en que opera la novación subjetiva es cuando el deudor de la obligación primigenia es sustituido por otro, en cuyo caso se denomina novación por cambio de deudor.

A decir de Jorge Eugenio Castañeda[2036], la novación por cambio de deudor supone la sustitución de un nuevo deudor por el antiguo, por lo que este último queda libre. Ello ocurre cuando X debe S/. 500 a Z y convienen que sea L quien le deba dichos S/. 500 a Z. Precisa Castañeda que en esta forma novatoria no varían ni el objeto, ni la persona del acreedor. Cambia tan sólo el deudor.

Para Gabriel Marty[2037], mediante la novación por cambio de deudor, llamada también novación subjetiva pasiva, un nuevo deudor ocupa el lugar del antiguo, cuya deuda se extingue.

Martínez Alfaro[2038] anota que, si la obligación primitiva y la sustituta difieren en el elemento subjetivo por haberse producido un cambio de sujetos, acreedor o deudor, con la intención expresa de novar, habrá entonces una novación subjetiva o pasiva.

En opinión nuestra, hay novación subjetiva por cambio de deudor, en general, cuando la obligación primitiva se sustituye por una relación obligatoria distinta, en la que aparece un nuevo deudor.

2.2. Clases

La novación subjetiva por cambio de deudor puede acontecer bajo dos formas, a saber: por delegación y por expromisión.

2036 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 219.

2037 Marty, Gabriel. *Teoría general de las Obligaciones*. Puebla: Editorial Cajica, 1986, volumen II, p. 206.

2038 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 338.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se efectuará por delegación cuando el cambio de deudor exija la voluntad de novar de tres partes, esto es, del acreedor, del deudor primigenio y del nuevo deudor. En tanto que se producirá vía expromisión cuando el contrato novatorio requiera únicamente el consentimiento del acreedor y del nuevo deudor.

2.2.1. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación

El artículo 1281 del Código Civil peruano regula la novación subjetiva por cambio de deudor y, dentro de la nomenclatura propuesta, concretamente la novación por delegación.

El término delegación, según Barbero[2039], hace referencia a uno de los temas más complejos e irritantes de la doctrina del Derecho. La delegación es el instituto mediante el cual un sujeto asigna a otro un tercer sujeto, a fin de ejecutar una prestación que originariamente es de incumbencia del primero.

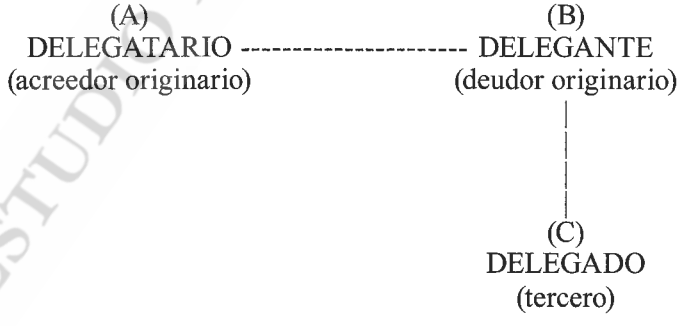
Starck, Roland y Boyer[2040] definen a la delegación como la operación mediante la cual el deudor originario da a su acreedor otro deudor; este último retoma la deuda a su cuenta y se vuelve el nuevo obligado.

Recuerdan los autores citados que Ulpiano (*Digesto* 46, 2, 11) definía a la delegación como el acto por el cual un deudor daba a su acreedor otro deudor que quedaba obligado a su vez.

Para Colin y Capitant[2041] la delegación es una operación en virtud de la cual una persona ordena a otra que haga o se obligue a hacer una prestación a una tercera.

Salvat[2042] afirma que existe delegación cuando una persona, presentada por otra, se obliga para con un tercero; la delegación pone en presencia a tres personas diferentes: el delegante (quien toma la iniciativa y pone en relación a las otras dos), el delegado (quien se constituye en deudor a pedido del delegante) y el delegatario (quien se constituye en acreedor).

La figura sería la siguiente:



2039 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 273.
2040 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 53.
2041 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 229.
2042 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 74.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(B), deudor originario o delegante, invita a (C), persona ajena a la relación obligacional o delegado, a tomar su lugar en beneficio de (A), delegatario o acreedor, quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio de deudor.

La generalidad de códigos civiles no regula a la delegación propiamente dicha como una institución autónoma[2043], pues ésta ha sido considerada como una forma de novación. La doctrina moderna, sin embargo, distingue ambas figuras.

Domenico Barbero[2044] anota que durante toda la Edad Media se creyó que la delegación no era más que el medio técnico de realizar la novación. Sin embargo, agrega, hoy nadie discute que novación y delegación —propiamente dicha— son dos instituciones diversas; siendo mérito de Salpius el haberle reivindicado una completa autonomía como instituto jurídico y campo funcional independiente de la novación. La delegación —señala Barbero— agota su función en el hecho de dar al acreedor un nuevo deudor.

Salvat[2045] refiere que, desde el punto de vista histórico, la delegación propiamente dicha era ya conocida en el Derecho romano, pero ella, según la opinión de algunos autores, se consideraba como una especie de novación, por la cual el antiguo deudor, para librarse de su acreedor, le daba una tercera persona que se obligaba hacia él. Esta doctrina ha sido completamente abandonada. Desde los trabajos del jurisconsulto alemán Salpius, la delegación propiamente dicha es universalmente considerada como una institución jurídicamente propia e independiente de la novación[2046].

La delegación —en general—, en efecto, tiene naturaleza, finalidad y contenido diversos a la novación. La delegación es una institución más amplia y compleja, ya que ésta puede producirse sin que opere novación.

Nos explicamos.

2043 Adviértase que la palabra «delegación» que venimos utilizando hace referencia a la figura mediante la cual un tercero se obliga en favor del acreedor originario al cumplimiento de una prestación de cargo del deudor primigenio, a fin de liberar a este último.
Así las cosas, cuando decimos delegación hacemos referencia a la delegación pasiva y no necesariamente a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación.

2044 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 275 y ss.

2045 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 75.

2046 Weill y Terré (Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 1006 y ss.) señalan que debe efectuarse una distinción entre la novación y la delegación.
La novación es la operación legal por la que la nueva obligación sustituye a la obligación original debido a un cambio producido en uno de los elementos constitutivos de ésta. Mediante la novación, la obligación primigenia queda totalmente extinta por la nueva obligación que toma su lugar y que en adelante regula las relaciones entre las partes.
La delegación, en cambio, es la operación por la que una persona (el delegado), sobre la orden de otra (el delegante), acepta contraer una obligación con un tercero (el delegatario).

Únicamente en ciertos casos la delegación produce consecuencias novatorias. Ello ocurre cuando existe una obligación pendiente de pago entre el delegante (deudor originario) y el delegatario (acreedor), y siempre que éste último asienta en liberar al deudor originario o delegante.

Al respecto, Baudry-Lacantinerie[2047] expresa que la delegación no causa necesariamente novación y las dos operaciones no se confunden. La delegación da pie a la novación sólo por medio de la reunión de dos condiciones. La primera, que debe existir anteriormente una deuda, bien del delegante con el delegatario, bien del delegado con el delegante, pues la novación supone necesariamente una deuda preexistente por extinguirse. El segundo requisito es que debe haber en las partes (delegado, delegatario y delegante) la intención de novar.

A decir de Salvat[2048], la delegación puede producir una novación por cambio de deudor siempre que concurran las dos condiciones siguientes: 1° que el delegante sea deudor del delegatario; 2° que este último al aceptar la delegación, lo exonere expresamente de su primitiva obligación, es decir, que al efectuar la delegación lo haya hecho con la voluntad de extinguir esa obligación y sustituirla por la nueva que contrae el delegado. Si falta alguna de estas dos condiciones, la delegación subsistirá, pero la novación no se producirá, de manera que esta última puede ser una consecuencia de aquélla, perfectamente posible si las partes la quieren, pero no es una consecuencia necesaria.

Según Llambías[2049], la delegación responde al convenio celebrado por el deudor con un tercero en virtud del cual éste asume la obligación de aquél. Sin embargo, este convenio sólo causa novación cuando el acreedor libera al deudor primitivo.

Colin y Capitant[2050] afirman que el efecto novatorio de la delegación sólo se produce cuando el acreedor (delegatario), a quien el delegante ofrece un nuevo deudor, ha declarado expresamente que libera a su primer deudor[2051].

2047 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 178 y ss.

2048 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 75.

2049 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 54 y 55.

2050 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 230 y ss.

2051 En cuanto al modo en que el acreedor debe prestar su asentimiento, la doctrina consultada es mayoritaria en señalar que debe ser expreso.
Según Baudry-Lacantinerie (Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 179 y ss.), contrariamente al derecho común, la ley francesa exige en este caso una declaración expresa del acreedor que llega a liberar al deudor; y rememora que, de acuerdo con Aubry y Rau, «[…] el legislador quiso así cortar con todas las dudas que habría originado la interrogante de saber si al aceptar la delegación, el acreedor no descargó virtual y necesariamente al delegante». En el mismo sentido, Colin y Capitant (Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 231 y ss.) manifiestan que en materia de delegación la ley civil francesa se muestra aún más exigente que en la novación ordinaria, pues no basta que la intención del acreedor de liberar a su deudor se deduzca de las circunstancias, sino que es necesaria una declaración expresa por su parte, como lo prueba la diferencia de redacción de los artículos 1273 y 1275; y cuando, por el contrario, el acreedor no ha manifestado su voluntad de liberar al deudor,

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la novación por delegación requiere no sólo el *animus novandi* del deudor de la obligación primitiva y del deudor de la nueva obligación, sino también la voluntad de novar del acreedor.

La novación subjetiva por cambio de deudor determina la creación de una nueva relación obligacional a cargo de un deudor distinto. De allí que no se pueda prescindir del asentimiento del acreedor. En este sentido, el artículo 1281 del Código Civil prescribe que «La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor».

Por otra parte, precisa anotarse que, si el acreedor no libera al deudor originario al prestar su asentimiento, la delegación convenida no producirá consecuencias novatorias, sino sólo acumulará una nueva relación obligatoria a la primigenia, en cuyo caso la delegación se denomina imperfecta.

Refiere Llambías[2052] que la delegación es perfecta o imperfecta según que el acreedor libere o no al deudor primitivo. Para que la delegación sea perfecta y extinga la deuda del delegante es indispensable que el acreedor declare su voluntad de exonerar al deudor primitivo. Si faltase esa manifestación del acreedor, no habrá novación.

Agrega que la delegación imperfecta es el convenio celebrado entre el deudor y un tercero relativo al desplazamiento de una deuda, sin la conformidad expresa del acreedor a ese respecto; y anota que esa delegación imperfecta no causa la novación de la deuda primitiva, que subsiste sin extinguirse frente al acreedor. Añade que es característica de la delegación imperfecta el desdoblamiento que ella produce en la relación obligacional, según se analice la situación del acreedor o del deudor.

Afirma Jorge Eugenio Castañeda[2053] que la delegación es imperfecta si el acreedor no asiente en liberar a su primitivo deudor. Así, si un nuevo deudor subentra *(sic)* en lugar del primitivo deudor y el acreedor lo acepta, pero se niega a liberar al deudor originario, el acreedor tendría dos deudores en lugar de uno. La delegación imperfecta crea una segunda obligación sin extinguir la primera.

Castañeda aclara que la delegación imperfecta es la más frecuente. Como no importa novación, el acreedor no se negará a ella. Más bien le es favorable desde que tiene un nuevo deudor sin perder al primero y cuenta con una garantía

se dice que hay simplemente delegación imperfecta. Agregan que, en esta operación, que Pothier designaba más especialmente con la palabra libramiento, el deudor delegante continúa obligado respecto del delegatario, su acreedor, el cual, en adelante, tendrá dos deudores en lugar de uno. No obstante estos pareceres, en nuestro ordenamiento jurídico no sería necesaria una liberación expresa concedida por el delegatario al delegante, toda vez que la ley civil peruana no exige que el asentimiento del acreedor sea expreso. En tal sentido, bastaría que la voluntad de los intervinientes en el acto novatorio fuese indubitable.

2052 Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 56.

2053 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 239 y ss.

personal análoga a la solidaridad, en que cada deudor puede ser demandado por el íntegro. La delegación simple o imperfecta —precisa el citado profesor— es la que no produce novación.

Colmo[2054] afirma que, si el delegatario o acreedor no declara expresamente que el delegante o primitivo deudor queda desobligado, la delegación es imperfecta, y no hay novación, pues el primitivo deudor sigue siéndolo juntamente con el nuevo. La delegación será perfecta (dentro del tecnicismo corriente, aun cuando para los intereses del acreedor la delegación será tanto más perfecta cuanto más numerosos sean los deudores que le procure) sólo cuando dicha declaración exista; entonces hay novación y cambio de deudor.

Ahora bien, cuando el acreedor acepta que un tercero asuma la condición de deudor, pero sin liberar al deudor primitivo, podría pensarse que se ha producido novación por adpromisión y no delegación imperfecta. Ello quizá obedezca a que son mayores las semejanzas que las diferencias existentes entre ambas figuras.

La novación subjetiva por adpromisión, al igual que la delegación imperfecta, no extingue la deuda primitiva, sino que acumula a ésta una nueva obligación a cargo de un tercero. Sin embargo, una y otra son figuras diversas.

Más allá de los efectos novatorios que produce o no la delegación, ésta no se concibe sin el asentimiento del deudor primigenio o delegante.

Al respecto, Starck, Roland y Boyer[2055] señalan que en toda delegación las tres personas interesadas participan en la operación. El acuerdo del delegante es indispensable, porque es él quien inicia la operación invitando al delegado a obligarse frente al delegatario; poco importa que haya novación o no; no se concibe delegación sin delegante. El asentimiento del delegado es igualmente necesario porque él se obliga ante el acreedor. En cuanto al delegatario, la necesidad de su concurso es también evidente: en la delegación perfecta, sólo él puede liberar al antiguo deudor; en la delegación imperfecta, hay una nueva obligación contraída por el delegado, que no existe sino con el asentimiento de aquél a quien debe beneficiar.

En la novación por adpromisión, en cambio, puede prescindirse de la voluntad del deudor originario. El acuerdo novatorio se formaría, en este caso, por las voluntades del acreedor y del tercero que quiere asumir la condición de deudor.

Por otro lado, la adpromisión sí constituye novación, en tanto que no ocurre lo mismo con la delegación imperfecta. Adviértase que, si nos encontrábamos ante una relación obligatoria de sujeto simple antes de producirse la adpromisión, luego de ésta nos hallaremos ante una obligación de sujeto plural, porque el número de sujetos obligados en calidad de deudores, como será analizado oportunamente, ha variado —en el caso propuesto ha aumentado—.

2054 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 534.

2055 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 56.

Adicionalmente, cabe preguntarse sobre la naturaleza del acuerdo celebrado entre el deudor originario y el tercero que quiso ocupar su lugar, cuando el acreedor rechaza que un tercero asuma la condición de deudor o, simplemente, cuando dicho acuerdo prescinde del asentimiento del acreedor.

Señalamos al respecto que la sola indicación del deudor originario de que otro pagará por él no produce consecuencias novatorias, pues en ella no concurre el asentimiento del acreedor. En este caso hay únicamente una indicación de pago, llamada por la doctrina asignación.

A decir de Castañeda[2056], no existe novación si el deudor sólo indica quién deberá hacer el pago en su lugar. Esto no es otra cosa que la asignación.

Enseñan Cazeaux y Trigo Represas[2057] que la asignación es una mera indicación de pago, consistente en el hecho de que el deudor señale a su propio acreedor otra persona a quien podrá requerir el importe de la deuda (asignación pasiva), o que el acreedor indique a su propio deudor un tercero a quien podrá efectuar válidamente el pago (asignación activa); pero añaden que estas facultades de exigir a un tercero o de pagar a un tercero no producen novación.

Ruggiero, citado por Castañeda[2058], define a la asignación como el acto unilateral por el cual el deudor faculta a su acreedor para percibir de un tercero una suma como pago de lo que es debido, o también cuando el acreedor autoriza al propio deudor para que pague a un tercero lo que por dicho deudor era debido; agrega que la asignación no produce novación.

Sobre las distinciones entre la delegación novatoria o perfecta y la asignación, convenimos con Salvat[2059] en considerar que entre ambas instituciones existen diferencias. En la delegación, el delegado queda personalmente obligado; en la asignación (simple indicación de una persona para que verifique el pago) el tercero no asume obligación alguna. Asimismo, en la delegación, contraída por el delegado, la obligación aceptada por el delegatario no podría dejarse sin su consentimiento. En cambio, en el caso de la asignación, por tratarse de un simple mandato, el delegante tendría siempre el derecho de revocarlo, sin necesidad del asentimiento del acreedor.

Starck, Roland y Boyer[2060] anotan que la indicación de pago se aproxima a la delegación porque, como ella, conduce al pago. Sin embargo, se separa en que el mandatario, en oposición al delegado, no contrae obligación alguna frente al tercero.

2056 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 240.
2057 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 264 y ss.
2058 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 250.
2059 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 75 y ss.
2060 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

Por otra parte, suele pensarse que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación se produce sólo a iniciativa del deudor, a diferencia de la novación subjetiva en la modalidad de expromisión, en que la iniciativa parte del acreedor o del tercero[2061].

Ello, sin embargo, no necesariamente es así.

En opinión nuestra, la novación por cambio de deudor en la modalidad de delegación podría efectuarse por iniciativa del deudor, del acreedor o incluso del tercero, ya que el tenor del artículo 1281 del Código Civil únicamente se limita a exigir, para que opere la delegación, el asentimiento del acreedor, entendiéndose que deben estar presentes, además, las voluntades favorables del deudor originario y del tercero que se pretende constituir en nuevo deudor.

Consideramos que el elemento esencial que permite diferenciar a una modalidad novatoria de otra, se encuentra en las declaraciones de voluntad necesarias para la formación del *animus novandi* y no en el hecho de que sea el deudor, el acreedor o el tercero quien toma la iniciativa de sustituir al deudor primigenio por otro.

La novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación requiere del consentimiento del delegante (deudor originario), del delegado (tercero) y del delegatario (acreedor), en tanto que la novación por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no requiere el asentimiento del deudor originario, sino sólo la voluntad de novar del acreedor y del tercero. Por ello, el artículo 1282 del Código Civil prescribe que la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

Adviértase que el asentimiento del deudor originario es la nota característica que permite diferenciar ambas modalidades novatorias. Así, cuando dicho deudor presta su asentimiento, se tratará necesariamente de un caso de novación por delegación y no por expromisión.

Borja Soriano[2062] afirma que la novación por delegación implica el consentimiento del primer deudor, al mismo tiempo que del nuevo deudor y del acreedor. Por ejemplo, yo —vendedor de un inmueble— hago intervenir en el acto de venta a uno de mis acreedores; se conviene que el comprador del inmueble pagará una parte de su precio a mi acreedor, el cual me libera. La novación por expromisión, en cambio, puede realizarse sin el concurso del primer deudor. Hay que

2061 Según Jorge Eugenio Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 222), en la novación por cambio de deudor se producirá la delegación si es el deudor quien invita al nuevo deudor a obligarse en su lugar. Y habrá expromisión si el nuevo deudor se obliga sin que el antiguo se lo pida; lo hace el nuevo espontáneamente porque quiere; y ello no es nuevo y puede ocurrir, a semejanza de que el pago puede hacerlo cualquiera. Puede esto explicarse si el nuevo deudor le debe al deudor originario y, por lo mismo, se obliga sin requerir el asentimiento de éste.

2062 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 618.

suponer que un tercero se obliga directamente con el acreedor a condición de que éste libere al deudor.

En lo relativo a los efectos de la delegación novatoria o perfecta, denominada por la ley civil peruana como novación por delegación, debemos señalar que ésta importa la extinción de la relación obligatoria entre el delegante y el delegado[2063].

A decir de Starck, Roland y Boyer[2064], la delegación perfecta suprime la deuda del delegante y la reemplaza por la del delegado. En este caso, la delegación importa novación por cambio de deudor, en la que el delegante ha convenido, a diferencia de la novación subjetiva por expromisión, que se produce sin el asentimiento del deudor originario.

Ahora bien, en caso de que el delegado o tercero fuese —a su vez— deudor del delegante, la delegación puede originar un efecto adicional: la liberación del delegado.

Según los autores citados[2065], cuando existe un crédito entre delegante y delegado, dicho crédito desaparecerá por efecto de la delegación novatoria, así como el crédito del delegatario desaparece contra el delegante, ya que es evidente que, si el delegado o tercero se ha obligado en favor del delegatario, es a condición de liberarse de su propio acreedor. De lo contrario, se encontraría obligado al pago de dos deudas.

Para la extinción de este crédito, sin embargo, es necesario constatar la creación de un crédito entre delegatario y delegado y que el *animus novandi* entrañe la liberación del delegado.

Ante la pregunta de si el delegado que ha pagado la obligación tiene algún recurso contra el delegante, Salvat[2066] considera que es necesario tener presente las variadas circunstancias en que puede mediar una delegación. Si el delegado era deudor del delegante, evidentemente no podrá reconocérsele recurso alguno contra éste; pues, él ha pagado lo que debía, solamente que en lugar de pagarlo al delegante lo ha hecho al delegatario por indicación de aquél. Si, por el contrario, el delegado no era deudor del delegante, el recurso del delegado sería procedente, a menos que pudiera llegar a establecerse que habría obrado *animus donandi*.

Según Salvat, se configuraría un caso de pago por tercero con acción derivada de la naturaleza de sus relaciones o de su situación frente al deudor, y serían aplicables las reglas expuestas respecto del pago por terceros.

2063 Queremos insistir en que el efecto novatorio de la delegación exige el asentimiento del acreedor en liberar al deudor originario o delegante, y aceptar que el tercero o delegado lo sustituya.

2064 STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Op. cit.*, p. 61.

2065 *Ibidem*, p. 63.

2066 SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 77.

En cuanto a la posibilidad de existir una liberalidad —a decir de Salvat—, se trataría de una excepción cuya prueba tendría que ser producida por quien la alegara; es el deudor el que necesitaría aportar la prueba de la existencia de una liberalidad para detener el reclamo del delegado.

Por lo demás, precisa señalarse que en la novación por delegación el acreedor o delegatario pierde toda acción contra el delegante respecto a la obligación primitiva, salvo lo previsto en el segundo parágrafo del artículo 1283 del Código Civil[2067].

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.º 14362-2015-Lima, de fecha 25 de octubre de 2017, en la cual se determinó un caso en que no corresponde la novación por delegación, «3.2.2. El accionante señaló como fundamento de su demanda que tanto la registradora como el Tribunal Registral no consideraron que el contenido de las declaraciones previstas en el numeral 2 de la cláusula tercera del contrato, señalaban que la prestación ahí contenida se encontraba pendiente de cumplimiento y no como incorrectamente interpretan, que con la sola asunción de obligaciones es una forma de cancelar el precio convenido. Además, indicó que la asunción de obligaciones como forma de pago debía cumplir con un requisito para su validez (artículo 1281 del Código Civil, el cual señala que la novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituto, el asentimiento del acreedor) siendo que en el caso de la compraventa inscrita no se advierte cláusula donde obre la intervención de los acreedores cedidos en calidad de acreedor de las deudas asumidas por María Ítala Testino Luna, por lo que dicho contrato no debió ser inscrito por la posible nulidad que conllevaba, por tanto, al existir prestaciones pendientes y al no pagar las mismas, ocasionó la resolución unilateral de contrato de compraventa, que fue objeto de solicitud para su inscripción en los registros de propiedad de inmueble (*sic*)».[2068]

2.2.2. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión

Dicha modalidad novatoria se encuentra regulada en el artículo 1282 del Código Civil, que analizamos a continuación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2067 Esta norma prescribe que en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

2068 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 391. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-14362-2015-Lima-LPDerecho_.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Novación por cambio de deudor en la modalidad de expromisión

Artículo 1282.- La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

1. Fuentes nacionales del artículo 1282

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 la materia en su artículo 873: «Cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido sino por pacto expreso»; mientras que el Código Civil de 1852 lo hacía en los artículos 2265: «En las novaciones, ó se conservan las mismas personas acreedores y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa de deber; ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior»; 2268: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; y 2269: «En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue á ser insolvente, si no es que la sustitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo deudor, ignorándolo el acreedor».

El Proyecto de Código Civil de 1890, por su parte, trataba el tema en el artículo 3004: «El acreedor que declare libre á su deudor primitivo, no conserva acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga después en insolvencia; salvo que en la novación se haya previsto y exceptuado este caso expresamente, ó que la insolvencia haya sido anterior y pública, ó cuando menos conocida del deudor primitivo».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 257: «La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin el consentimiento de éste»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 regía la materia en el artículo 245: «La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin el consentimiento de éste»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1280: «La novación por cambio de deudor puede efectuarse

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sin consentimiento de éste»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1291: «La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de éste».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 prescribía en el artículo 148: «La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de éste»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 137: «La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1300: «La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1249: «La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo».

2. Análisis

La expromisión es la segunda modalidad de novación subjetiva por cambio de deudor. Consideramos que la novación por expromisión constituye uno de los puntos de mayor interés teórico de la novación, dados los múltiples interrogantes que promueve. En tal sentido, estudiaremos los diversos temas que ella suscita.

2.1. Breve recuento histórico

Recuerdan Cazeaux y Trigo Represas[2069] que en el Derecho romano clásico se empleaba el vocablo «expromisión» con un sentido genérico; *ex promittere* abarcaba tanto la promesa hecha por el delegado al delegatario, como la que no estaba precedida de ninguna orden o acuerdo entre el deudor originario y el tercero que se comprometía con el acreedor. Pero, agregan, en la actualidad ya no se confunden ambas situaciones y se reconoce a la expromisión un ámbito propio; es un medio de alteración subjetiva de la obligación, donde el tercero viene a asumir frente a un acreedor la deuda que otro tenía para con él, sin requerirse para nada el concurso de la voluntad del primitivo obligado. De ahí que mientras en la delegación pasiva novatoria se requieren tres voluntades, en la expromisión el acto es bilateral, pues se perfecciona con el acuerdo de sólo dos voluntades: la del tercero que toma a su cargo la deuda y la del acreedor que lo acepta.

2.2. Concepto

Según Giorgi[2070], es canon antiquísimo de doctrina que la sustitución de un deudor nuevo puede ocurrir de dos maneras: por subrogación (*espromissione* —en italiano—), cuando un tercero se presenta espontáneamente al acreedor para liberar

2069 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 267.
2070 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen VII, pp. 447 y 448.

al antiguo deudor, poniéndose en lugar de él; y por delegación, cuando el primer deudor (delegante) es sustituido por otro deudor (delegado) con respecto al acreedor (delegatario) que lo acepta, quedando liberado el delegante.

Expresa el autor citado que esta segunda figura es una de las diferentes especies de delegación; y es precisamente el reverso de la que se verifica *mutato creditore*. Entonces —dice— suponíamos que Juan, acreedor de Francisco y deudor de José, había ordenado a Francisco que pagase a José; y mirando el asunto desde el punto de vista de Francisco, veíamos en dicha figura jurídica una delegación por parte del acreedor. Ahora miramos el mismo hecho desde el punto de vista de Juan y vemos en él la delegación del deudor.

Para Raymundo M. Salvat[2071] la novación por expromisión es la operación en virtud de la cual una persona, espontáneamente o por instigación de un tercero, sustituye al deudor de una obligación.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2072], cuando, no en virtud de una orden recibida del deudor originario, sino espontáneamente o a instancias del acreedor o incluso de alguien ajeno a la relación obligacional primigenia, un tercero igualmente extraño se ofrece para sustituir al primer deudor y tomar a su cargo la obligación de éste, se da la figura denominada «expromisión»; resultando en tal sentido bien ilustrativa la etimología del vocablo «expromisión», que nos viene del Derecho romano y deriva de la locución *expromittere*, que literalmente significa «colocar a alguno afuera, fuera de», o sea, poner al deudor fuera de la obligación, librarlo de ésta.

Anota Llambías[2073] que la novación por expromisión es un convenio celebrado por el acreedor con un tercero, en virtud del cual éste se compromete a satisfacer la deuda ajena a que dicho convenio se refiere. Añade el profesor citado que lo característico de la expromisión es la prescindencia del deudor en el acto jurídico consentido por el acreedor y el tercero que asume la deuda ajena; y afirma que, si el deudor hubiera intervenido en ese convenio, consintiéndolo *ab initio*, ya no sería expromisión sino delegación.

En relación con el tema, precisa Betti[2074] que, en el aspecto estructural, por consiguiente, la expromisión consiste en una asunción de deuda operada por un tercero frente al acreedor, sin un previo *iussum* (autorización) del deudor; y análogamente a cuanto se dispone en materia de asunción, el artículo 1272 del Código Civil italiano establece que el nuevo deudor (expromitente) venga obligado solidariamente por el deudor originario, si el acreedor no declara de manera expresa

2071 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 51.
2072 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 267.
2073 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. *Op. cit.*, tomo III, pp. 58-63.
2074 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 299 y ss.

liberar a este último. Agrega que el mismo criterio de la iniciativa y del interés en la figura que en la presente institución pertenece al tercero extraño a la relación obligacional preexistente, justifica el régimen particular de la oponibilidad de las excepciones por el nuevo deudor.

Por nuestra parte, consideramos que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión es aquella en virtud de la cual, tras un acuerdo novatorio entre el acreedor de la relación obligacional y un tercero ajeno a ella, este tercero se convierte en deudor de la nueva obligación (por lo general, con idéntico objeto que aquel que tenía la obligación extinguida); y que no es necesario consultar el parecer o la voluntad del deudor de la obligación que se extingue, pues ello no sólo sería irrelevante, sino podría configurar un caso de novación por delegación[2075].

A entender nuestro, en esta clase de novación el acreedor debe recibir el nombre de acreedor expromitente; el deudor de la obligación original, la denominación de deudor exprometido; y el tercero (deudor en la nueva obligación), la de tercero expromisario.

Sobre el concepto de esta figura, la jurisprudencia nacional[2076] ha señalado que: «Al haberse producido una novación por expromisión, el primitivo deudor fue liberado de su obligación, lo cual determina que al producirse la extinción de dicha obligación, la carta fianza deviene en inejecutable y por lógica consecuencia no hay daños ni perjuicios que resarcir».

2.3. Necesaria presencia del *animus novandi*

Recuerda Giorgi[2077] que también resulta aplicable a la novación por expromisión la regla general respecto de la necesaria presencia del *animus novandi* o voluntad de novar.

2075 Sin embargo, resulta de interés mencionar la posibilidad de que, a la par de que se produzca un supuesto de novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, también las partes acuerden una novación objetiva en cualquiera de sus modalidades.
Señalamos, por eso, que no debe descartarse la posibilidad de que opere simultáneamente una novación objetiva y una novación subjetiva, ya sea por expromisión, por delegación o por cambio de acreedor.
Tales supuestos no reciben en doctrina una denominación especial, así como tampoco los autores consultados se ocupan de ellos. Esto es explicable en la medida en que situaciones de esa naturaleza resultarían singulares, vale decir, poco frecuentes en la práctica. De ahí que ni la doctrina ni la legislación contemplen expresamente el tema.
Es difícil asignar una denominación a esta forma novatoria. Tal vez pueda llamarse novación mixta o novación combinada. Ello, sin embargo, sería indiferente. Lo relevante es que resultarían aplicables al caso, de manera concurrente, las disposiciones sobre novación subjetiva y objetiva que contiene la ley peruana.

2076 Casación n.º 281-98-Lima. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 4 de diciembre de 1998.

2077 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo vii, p. 449.

EDUARDO MARIO CASTILLO FERRO

El maestro italiano reitera que la novación no se presume y que debe resultar claramente de lo que han hecho las partes. Pero la ley no requiere que la voluntad se declare de modo explícito, y cuando los tribunales reconocen que entre el hecho de las partes y la voluntad de mantener la obligación primitiva hay contradicción absoluta, la novación tácita es una consecuencia necesaria de dicho juicio. Agrega lo que dice Demolombe en cuanto a que, si el primer deudor se constituyera en fiador del que se subroga, esto bastaría para la novación, porque la obligación del fiador no se concilia con la del deudor principal[2078].

2.4. Casos usuales de novación por expromisión

Anota Giorgi[2079] que tratándose de la *quaestio facti*, no puede causar maravilla el encontrar aparentes contradicciones en la jurisprudencia. Estima que basta leer, las decisiones que en diferente sentido ha recogido Laurent en la jurisprudencia extranjera. Estamos en materia de venta: una sociedad en comandita compra inmuebles por 700,000 liras. Intervienen dos socios en el contrato y se obligan personalmente a pagar al vendedor el precio y los intereses. Pero las palabras son una cosa y otra los hechos: los dos socios no pagan y el vendedor se vuelve contra la sociedad, la cual deduce como excepción a la novación ocurrida por efecto de la subrogación, pretendiendo así quedar liberada. La Corte de Apelación y la Corte de Casación de París rechazan la excepción de la sociedad y excluyen la novación, observando que en el documento faltaba cualquier indicio de haber querido liberar a la sociedad por efecto de la obligación asumida por los socios.

En otro caso —dice Giorgi—, se trataba también de una deuda social que algunos socios procuraban extinguir dejando al acreedor letras de cambio con su firma personal. Protestadas sin resultado las letras, el acreedor se volvió contra los otros socios que no las habían suscrito, y frente a la oposición de éstos, nació también aquí la cuestión de la novación; y también esta vez se rechazó la novación, por las mismas razones del caso anterior.

En opinión nuestra, la jurisprudencia citada por Giorgi y tomada de Laurent (quien a su vez la recoge de la jurisprudencia derivada del Código Napoleón) mantiene plena vigencia.

2078 Salvo en el caso —reconocido por el propio Giorgi— en que se pueda dudar un poco de ello y creer que, existiendo la adición de un nuevo deudor, convendría mejor hablar de *adpromissio*. Sobre el tema de la novación subjetiva por adpromisión, volveremos luego de concluir nuestro análisis de la novación subjetiva por expromisión.
Sin embargo, en este punto conviene subrayar las expresiones del profesor italiano, ya que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión requiere, por ser absolutamente necesaria, la presencia del *animus novandi*, sin el cual no hay novación posible. No vamos a incidir en el tema del *animus novandi* (esto, porque el *animus novandi* es exigencia de todo supuesto novatorio, salvo en los casos de novación legal, en los cuales dicho ánimo emana no de la voluntad humana sino de la propia ley).

2079 *Ibidem*, pp. 449 y 450.

Reconociendo que los supuestos de novación subjetiva, en general, son menos frecuentes en nuestros días que aquéllos de novación objetiva, subsisten determinados casos en los cuales probablemente se presentará la expromisión. Sin embargo, si entendemos que la participación del tercero será usualmente aleatoria y sin afán de lucro, ya podemos deducir que los supuestos novatorios de estas características serán poco numerosos.

2.5. La iniciativa en la novación por expromisión

Emilio Betti[2080] señala que existe expromisión cuando un sujeto extraño a la relación de obligación la suma en su aspecto pasivo por iniciativa propia, sin recibir para ello encargo o autorización del sujeto pasivo de dicha relación; y, a diferencia de la delegación, en que la iniciativa parte de uno de los sujetos de la relación preexistente, sea de valuta o de provisión, en la expromisión la iniciativa parte de un sujeto extraño a la relación preexistente. A entender de Betti, la diferencia indicada no es —como pudiera parecer— de poca importancia; todo lo contrario, nos proporciona el criterio para distinguir entre negocio delegatorio y expromisión, y justifica el diferente tratamiento jurídico que la ley confiere a los dos tipos de negocio.

Para Betti, el criterio de la iniciativa y del interés en la figura da razón de por qué al deudor originario no le afecta el riesgo de la operación, como sucede en la delegación, ya que, en efecto, el deudor originario no ha tomado la iniciativa en la operación; no asume ninguna responsabilidad por la eventual insolvencia (originaria) del nuevo deudor (expromitente); y no existe ninguna razón para hacer pasar un riesgo al deudor, aunque esté liberado, para el caso de una insolvencia originaria del expromitente, al que pertenecen tanto la iniciativa como el riesgo de la operación, prevaleciendo el criterio de la autorresponsabilidad del acreedor.

Pero no toda la doctrina comparte el parecer de Betti. Así, refieren Cazeaux y Trigo Represas[2081] que la diferencia sustancial entre la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación procede de señalar de quién parte la iniciativa para el cambio del deudor. En la novación subjetiva por delegación, por lo general, es el deudor originario quien desea salirse de la relación obligacional que mantiene con su acreedor, requiriendo para ello el consentimiento de ese acreedor (sin embargo, dicha iniciativa puede partir del tercero o, incluso, del propio acreedor); en cambio, en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la iniciativa para sustituir al deudor originario no parte de él mismo sino del propio acreedor, quien desea que otro deudor ocupe el lugar de aquél.

2080 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 299 y ss.

2081 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 267.

Para que opere la novación subjetiva por expromisión no se requiere del asentimiento del deudor sustituido, sino solamente del deudor que lo sustituye, al que nosotros denominamos también «sustituyente».

A entender nuestro, el tema de la iniciativa en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no debe verse centrado en una sola parte, pues si bien ésta puede provenir del tercero expromisario, quien —por alguna circunstancia— desea asumir en la obligación a crearse, la condición de deudor del acreedor de la antigua obligación que se extingue, eso no obsta para que dicha iniciativa parta o pueda partir también del propio acreedor, quien, deseando variar de deudor, decida intentar buscar a un tercero que acepte asumir esa condición en la nueva relación obligatoria.

2.6. De los derechos y obligaciones del antiguo deudor (exprometido) y del nuevo deudor (expromisario)

La generalidad de la doctrina coincide en afirmar que para la validez y eficacia de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no se requiere del concurso de la voluntad del deudor exprometido, vale decir, que basta con el consentimiento del acreedor expromitente y del tercero expromisario.

Recuerda Lafaille[2082] que en la novación por expromisión no debe concurrir el deudor primitivo, pues si concurriese con su asentimiento (aunque fuera tácito), nos hallaríamos dentro de la novación por delegación.

Como anota Guillermo A. Borda[2083], en la novación por expromisión no interviene el deudor primitivo. Interpretando el nuevo texto del artículo 815 del Código Civil argentino, el citado profesor expresa que el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor se debe realizar en ignorancia del deudor anterior; y que por ignorancia del deudor anterior debe entenderse su prescindencia en el acto, de tal modo que no es indispensable que lo ignore, sino que se mantenga indiferente a su realización, no dando su asentimiento ni oponiéndose.

Por otra parte, también es claro en doctrina que la novación subjetiva por expromisión tiene efectos liberatorios en relación al deudor exprometido, respecto al vínculo obligacional que se extingue.

Según Giorgi[2084], asegurada la existencia del *animus novandi* del acreedor y del tercero, la novación queda hecha; la liberación del primer deudor es un derecho adquirido, del que puede aprovecharse, sin necesidad de aceptarlo, y sin temor de verse despojado de él por la voluntad contraria del primer acreedor y del que se subroga. No cabe duda —dice Giorgi— de que éste solo o sólo el acreedor,

2082 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 390 y 391.
2083 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 637.
2084 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, p. 451.

desconociéndolo el otro contratante, no podrían destruir el acuerdo. Tampoco el *contrarius consensus* del uno y del otro puede quitar al deudor el beneficio de la liberación ya conseguida, siempre que se trate de una estipulación en favor de un tercero; y la razón estriba en que *obligatio semel extincta non reviviscit* y en el artículo 1270 (Giorgi se refiere al Código Civil italiano de 1865), cuando dice claramente que la subrogación puede efectuarse sin intervención del primer deudor, haciendo comprender bien que la liberación se verifica como efecto necesario del acuerdo ya efectuado *inter alios*.

Añade el citado autor que esta subrogación no es el terreno más fértil para las aplicaciones prácticas, ni, por lo tanto, el más necesitado de estudio. Si quitamos los pocos casos del pariente, del amigo, del interesado, nadie piensa en ofrecer espontáneamente el pago de la deuda ajena. Por ello estima que la adquisición de semejante deuda versa ordinariamente como efecto de delegación.

Al tratar acerca de esta forma novativa, Lafaille[2085] sostiene que en el presente supuesto el tercero celebra un acuerdo con el acreedor, sin consentimiento del obligado, a diferencia de lo que ocurre en la «delegación», en que es precisamente éste quien ofrece la responsabilidad del extraño; y como nada impide exonerar al primitivo deudor sin exigirle que lo consienta, el nexo queda circunscrito al segundo y al titular del crédito.

Recuerda Lafaille (conforme al texto originario del artículo 815 del Código Civil argentino), que es indispensable que el acreedor exonere de un modo expreso a dicho obligado, pues de otra manera no se extinguiría una de las deudas, ni habría, por lo tanto, novación.

Guillermo A. Borda[2086], en fin, anota que la obligación anterior se extingue por acuerdo del acreedor y de la persona que asume la deuda; y agrega que el acreedor debe declarar expresamente que desobliga al deudor anterior[2087].

Por otra parte, siendo claro que la novación, en general, y la novación por expromisión, consecuentemente, son contratos (además de ser medios extintivos de obligaciones), debemos recordar que en virtud a lo establecido por el artículo 1363 del Código Civil peruano los contratos sólo producen efectos entre las partes

2085 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 390 y 391.

2086 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 637.

2087 Sin embargo, un tema sobre el que resulta pertinente detenernos es el relativo a las excepciones susceptibles de deducirse luego de producida la novación por expromisión.
Para Alberto Trabucchi (Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 100 y 101), por lo que toca a las excepciones oponibles por el nuevo deudor, el artículo 1272 del Código Civil italiano de 1942 (siempre como una norma meramente dispositiva) establece que el tercero no puede oponer al acreedor las excepciones relativas a su relación interna con el deudor originario, y, por el contrario, podrá oponer al acreedor aquellas excepciones que hubieran correspondido al deudor originario, con exclusión de las tres siguientes: a) las excepciones personales del deudor (ejemplo, su incapacidad); b) las excepciones derivadas de hechos posteriores a la expromisión; c) la excepción de la compensación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que los otorgan (en realidad, el término legal apropiado sería «celebran») y, al ser derechos y obligaciones, podrían ser trasmisibles a sus herederos.

Manuel de la Puente y Lavalle[2088], cuando aborda el tema de la relatividad del contrato, señala que, dado que él se forma mediante el consentimiento, resulta obvio que sólo puede producir efectos relativos obligatorios para quienes han prestado su consentimiento, o sea, para los contratantes; no es posible, por lo tanto, que mediante un contrato se impongan obligaciones a cargo de terceros o se confieran derechos a éstos, sin la previa aceptación de ellos.

Recuerda De la Puente que en el Derecho romano este principio estaba contenido en el adagio *res inter alios acta alios nocere neque prodesse potest*, lo que, tal como explica Josserand, nunca quiso decir que los contratos no tienen repercusión sobre los terceros, sino únicamente «que no pueden hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero, sin el consentimiento de éste», esto es, que son impotentes para convertir a una persona en acreedora, deudora o propietaria.

De las expresiones de Manuel de la Puente queda claro el alcance del precepto legal peruano, que constituye regla general, que a entender nuestro se hace extensiva tanto a los actos a título gratuito, como a los actos a título oneroso, en aplicación de lo dispuesto por el principio universal de Derecho de que «no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue».

Además, la doctrina contractual, al abordar el tema del principio *res inter alios acta*, lo trata como referido a todos los contratos. Consideramos que no existen razones de orden jurídico para efectuar en este punto una distinción innecesaria, la que, en todo caso, carecería de sentido.

Aparentemente, la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión sería un acto de liberalidad respecto del deudor originario, pues éste queda liberado.

Sin embargo, el asunto es algo más complejo de lo que aparenta, ya que el Derecho peruano se aparta del principio romano *liberat autem me, qui quod debeo promittit, etiam si nolim*, propugnado por Ulpiano. En nuestro Derecho, los actos de liberalidad en general deben contar para su validez —o, por lo menos, para su eficacia— con el asentimiento de aquella persona a quien se pretende beneficiar.

Los actos de liberalidad son, fundamentalmente, actos que requieren el consentimiento del beneficiario, como los casos notorios y ejemplificadores de la sucesión *mortis causa*, en la que se permite al heredero o legatario renunciar a la herencia; el contrato de donación, que exige, para su validez, el asentimiento del donatario; la condonación, que precisa el concurso de voluntades entre quien condona y aquél a cuyo favor se condona. Y como a nadie se le puede imponer un acto a título de beneficencia, no abrigamos dudas acerca del derecho del deudor

2088 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 2008, tomo I, p. 537.

exprometido, esto es, del antiguo deudor, de pagar al deudor expromisario —nuevo deudor— el íntegro de la prestación que tenía a su cargo antes de que ocurriera la novación por expromisión.

De otro lado, como se recuerda de nuestro análisis del artículo 1222 del Código Civil, es regla general del pago que éste pueda ser efectuado por cualquier persona, resultando claro, de acuerdo con el texto del citado precepto, que pueda ser ejecutado, incluso, por un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que simplemente carezca de interés.

El segundo párrafo del artículo 1222 establece que quien paga sin asentimiento del deudor sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago a dicho deudor.

Esto significa que, cuando paga un tercero sin asentimiento del deudor (inmiscuyéndose en la relación obligacional entre acreedor y deudor), tal tercero sólo podrá reclamar del deudor por quien pagó aquella parte, fracción o porcentaje del pago que hubiese representado utilidad para el deudor, careciendo del derecho a reclamar el saldo.

En este punto resulta relevante referirnos a lo expresado por Giorgi[2089], en cuanto a los efectos de la novación por expromisión respecto del deudor originario. Hacemos esta mención, pues como se viene señalando, en la novación por expromisión, para que ésta tenga validez y surta efectos no se requiere del asentimiento del deudor originario y, más aún, podría producirse, incluso, contra la voluntad de dicho deudor (argumento del artículo 1282 del Código Civil peruano).

En estas circunstancias, resulta lógico plantearnos la pregunta de cómo queda el principio *res inter alios acta* establecido por el citado artículo 1363 del Código Civil, que constituye regla aceptada en toda nuestra tradición jurídica.

Como dice Giorgi, lo que existe de notable en la subrogación del deudor, en la novación subjetiva por expromisión, es que no requiere del consentimiento del deudor: *Liberat autem me*, decía Ulpiano, *qui quod debeo promittit, etiam si nolim*, según antes lo hemos manifestado.

Señala Giorgi que esta regla parecerá extraña, pensando que *res inter alios acta, aliis net prodest, net nocet*; pero, a decir del profesor italiano, la extrañeza desaparece fácilmente al reflexionar en torno a que la novación no es más que un contrato liberatorio equivalente al pago. Y agrega que, en materia de pago, como más generalmente en todos los contratos liberatorios, a diferencia de los obligatorios, el axioma jurídico *res inter alios acta* no halla aplicación. *Solutionem pro nobis accipiendo, et inviti, et ignorantes liberari possumus*; tema que —según Giorgi— queda aclarado en el tratamiento que hace del pago efectuado por un tercero.

2089 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo vii, pp. 448 y 449.

Agrega que, por tanto y en rigor, la subrogación (Giorgi emplea —en este caso— el término subrogación en su sentido usual, mas no jurídico, es decir, como sinónimo de sustitución) del deudor, no es un acuerdo entre acreedor y deudor, sino más bien un acuerdo liberatorio entre el acreedor y un tercero; y lógicamente, debería encontrar su puesto entre los modos de extinguir las obligaciones.

A entender de Giorgi, bajo cualquier otro respecto, la novación subjetiva por expromisión se encuentra regida por las mismas reglas de la delegación perfecta o de la novación, en general; siendo necesaria la obligación precedente, sin cuya subsistencia y validez faltaría la base de la expromisión y ella no tendría eficacia, o se convertiría en una donación si el que se subroga (sustituye) hubiera conocido la nulidad de la obligación precedente, y no obstante ello se hubiese obligado.

Pero recuerda que de estos ejemplos no contienen trazas las páginas de la jurisprudencia de su tiempo. Necesaria la segunda obligación, válida y eficaz: porque está en esto la causa de la liberación del deudor, salvo igualmente el caso extrañísimo de que el primer acreedor tuviese la tonta pretensión de realizar una liberalidad enmascarada. Necesaria por las mismas razones la capacidad del acreedor para conceder la liberación y la del que se subroga (sustituye) para obligarse. Necesario, por último, si no el consentimiento del deudor, el del acreedor y del que se subroga; éste, que es el actor principal, debe declarar que quiere obligarse en lugar y vez del deudor; aquél debe manifestar el *animus novandi*, consintiendo en la liberación del deudor.

De las palabras de Giorgi podemos rescatar dos puntos cuyo tratamiento resulta imprescindible abordar en la novación por expromisión: el primero, el referido a la afirmación hecha por el tratadista italiano en el sentido de que los actos liberatorios no están regidos por el principio *res inter alios acta* (tesis que no encuentra sustento en el Derecho peruano); y el segundo, en el sentido de qué ocurre en relación al deudor liberado. Por nuestra parte, agregaríamos un tercer punto a tratar: el referido a la posición del nuevo deudor.

Consideramos que las expresiones mencionadas por nosotros para el caso del pago de la deuda por un tercero no interesado (o que tuviera un interés indirecto en el cumplimiento de la obligación, sin que se hubiere producido subrogación fruto de ese pago), resultarían aplicables al tema de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Decimos esto por cuanto el Código Civil peruano establece el principio general del pago por parte del tercero —como resulta obvio y natural— en las disposiciones generales de pago. No olvidemos que el pago, en estricto, es el medio idóneo (por excelencia) de cumplimiento de las obligaciones.

Pero tampoco debemos olvidar que el pago no es el único medio extintivo de obligaciones. Junto con él están regulados en el Código Civil la dación en pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso, de modo tal que resulta lógico pensar que muchos de los principios

generales que inspiran al pago en estricto deben aplicarse analógicamente a los otros medios extintivos de obligaciones, pues no sería coherente pensar que el legislador, al abordar el tratamiento de cada uno de ellos, deba repetir los principios generales que inspiran a la extinción de obligaciones y que —como ha sido dicho— encuentran su sede natural en las disposiciones generales del pago.

De ahí nuestra opinión en el sentido de que los principios contenidos en el artículo 1222 del Código Civil son aplicables, *mutatis mutandis*, a todos los demás medios extintivos de obligaciones, incluyendo —obviamente— a la novación, y en especial a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Como se recuerda, la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo. Esta figura nos hace recordar al pago que puede realizar el tercero no interesado o con un interés indirecto en el cumplimiento, aun contra la voluntad del deudor (argumento del artículo 1222 del Código Civil).

En ambos casos, análogamente, tanto en el pago por el tercero no interesado (sin efectos subrogatorios), como en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión se produce la extinción de la obligación original y la liberación del deudor.

Al ser la analogía[2090] un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto que aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en substancia, podríamos aplicar analógicamente el artículo 1222 del Código Civil —precepto relativo a las disposiciones generales de pago— al caso de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

Ello, porque en el supuesto de la novación, si bien es cierto que no hay pago, sí se produce la extinción de la obligación originaria, y en ambos casos (los de los artículos 1222 y 1282) el pago y la sustitución se verifican por el acto de un tercero que paga o se sustituye sin asentimiento o, incluso, contra la voluntad del deudor.

De esta forma, en ambos supuestos, en el del pago cuando no media subrogación y en el de la novación subjetiva por expromisión, se extingue la obligación originaria y, por ende, se libera al deudor[2091].

2090 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 294 y ss.

2091 Queda claro que para que estemos en presencia de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión no debe haberse producido la figura del pago con subrogación, pues en este caso las consecuencias serían absolutamente diversas, en la medida en que no estaríamos en presencia de una nueva obligación, sino de la misma, sólo que en ella se habría operado un cambio en el sujeto del acreedor original, quien habría sido subrogado por el tercero que pagó. En este sentido, resulta unánime el parecer de la doctrina consultada (como es el caso de Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 535 y ss.; Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 390 y 391; y Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 637).

Pero por otra parte tenemos el principio *res inter alios acta*, es decir, que los actos por más liberatorios que sean sólo surten efectos, en el Derecho peruano, entre las partes que los celebran; esto significa que en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, el deudor tendría el derecho de pagar al tercero que asumió la deuda por expromisión el íntegro de la prestación, sin que tenga relevancia el hecho de que el tercero —ahora nuevo deudor— haya pagado la nueva deuda al acreedor (persona que mantiene la misma condición en ambas obligaciones). Esta afirmación obedece a que la novación habría producido efectos liberatorios, que en la práctica serían los mismos que tendría el pago efectuado por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación. Y por ello, y aplicando analógicamente el artículo 1222 del Código Civil, sostenemos que el tercero que paga tendría derecho a repetir contra el deudor exprometido hasta por el monto de aquello en que le hubiese sido útil el pago al referido deudor.

Así, resulta evidente que en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión el deudor originario tiene el derecho de pagar, aun

---

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1260 del Código Civil peruano, la subrogación opera de pleno derecho en tres supuestos, ninguno de los cuales resulta aplicable al pago por un tercero no interesado —o con un interés indirecto— en el cumplimiento de la obligación.

En cambio, en virtud a lo establecido por el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil, la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero (no interesado o con un interés indirecto) y lo sustituye en sus derechos (se entiende, sin aprobación expresa ni tácita del deudor, por contraposición con lo dispuesto en el inciso 2 del referido numeral).

Esto significa que sólo se producirá la subrogación convencional cuando se dé el supuesto que acabamos de anotar, esto es, cuando el acreedor sustituya al tercero en sus derechos en relación con el deudor. En caso contrario, se producirá el pago por el tercero, pero no habrá subrogación alguna.

Dentro de tal orden de ideas, si se produjese la subrogación convencional establecida por el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil, el tercero que pagó se sustituiría en el lugar del acreedor subrogado en todos los derechos, acciones y garantías de ese antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiera pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil); en tanto que si el pago efectuado por dicho tercero no tuviera efectos subrogatorios, el referido tercero sólo tendría derecho a repetir para exigir del deudor la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago (argumento del segundo párrafo del artículo 1222).

Por otra parte, resulta imprescindible referirnos a cuáles son los derechos del deudor por quien el tercero pagó sin su asentimiento (situación que incluye o el que no se le haya consultado, o el que, habiéndosele consultado, haya manifestado su negativa a que se efectúe el pago).

Reiteramos que dicho deudor tendría el derecho de pagar al tercero que pagó por él, el íntegro de lo pagado, independientemente de si el referido pago fue útil para el deudor o no.

Ello significa que, si bien el Derecho ampara la posibilidad de que un tercero pague sin asentimiento o aun contra la voluntad del deudor, el pago no podría imponerse al deudor como un acto de liberalidad, como antes lo hemos expresado.

Está claro que en ambos casos (haya o no subrogación), el deudor queda liberado del cumplimiento de su obligación respecto del acreedor original; pero si hay subrogación, continuará obligado en relación al tercero que pagó, en tanto que, si no hay subrogación, le asistirá el derecho de pagar a dicho tercero.

En los dos supuestos (vale decir, exista o no pago con subrogación), el deudor por quien el tercero pagó no quedaría librado a la voluntad de tal tercero para satisfacer el débito que le correspondía, pues si el tercero que pagó por el deudor hubiese actuado con ánimo de liberalidad y sin la intención de hacer efectiva la subrogación o repetición, el deudor tendría el derecho de exigirle recibir el pago. Y si el tercero se negara a recibirlo, le asistiría al deudor el derecho de recurrir al mecanismo del pago por consignación.

cuando el tercero no quiera recibir el pago; a la vez que ese tercero tendrá derecho a reclamar del deudor exprometido aquel porcentaje o fracción de la novación que fue útil a dicho deudor.

Está claro que si el deudor exprometido intentase pagar y el nuevo deudor (deudor expromisario) rehusase el pago, asistiría a dicho exdeudor el derecho de consignar.

2.7. La novación por expromisión y la asunción o cesión de deudas

2.7.1. La asunción de deuda

Aunque el Código Civil de 1984, al igual que sus antecedentes inmediato y mediato, los Códigos de 1936 y 1852, respectivamente, carece de normativa sobre la asunción de deuda; la institución, como veremos, es aceptada de manera uniforme por la doctrina nacional y extranjera. Se trata de un acto nominado atípico legal, pero con cierta tipicidad social y, por ello, no descartado de las esferas jurídicas civiles.

Por tal razón, el acuerdo en virtud del cual uno de los sujetos de la relación obligatoria (acreedor o deudor) conviene en trasmitir a un tercero la deuda y éste se obliga a asumirla, manteniendo vigente la misma relación obligacional sin novarla se denomina en doctrina asunción de deuda. Como también se denomina asunción de deuda, sin convenio alguno, su transmisión *mortis causa*.

Vamos a cargar la tinta, sin embargo, sobre el tema de la asunción de deuda como negocio jurídico.

Esta figura es conocida también como sucesión de deuda *ínter vivos* o cesión de deuda. No obstante, esta última denominación es inadecuada, toda vez que evoca la idea de un acto de disposición en virtud del cual el deudor trasmite a un tercero el deber de cumplir la prestación a su cargo. Empero, la asunción de deuda puede efectuarse entre el acreedor y el tercero, aun sin intervención del deudor primitivo.

La generalidad de la doctrina consultada, en la que vamos a poner el mayor énfasis, es unánime en concebir a la asunción de deuda como el acto en virtud del cual un tercero asume el lugar del deudor de una determinada obligación.

Funk, citado por Lozano Berruezo[2092], señala que la asunción de deuda es un contrato por el cual un tercero se obliga a liberar al deudor de una deuda asumida por él.

A decir de Enneccerus, Kipp y Wolff[2093], la asunción de deuda es el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces

2092 Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 113.

2093 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 411.

deudor. El deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma.

Von Tuhr, también citado por Lozano Berruezo[2094], refiere que la asunción de deuda, en sentido estricto, es un negocio jurídico por medio del cual se producen —de una vez— dos efectos: eximir al deudor anterior y obligar a la persona que asume la deuda. Este autor ve en la figura bajo análisis una sucesión en la deuda, la que presenta tres facetas, a saber: un contrato fuente de obligaciones para la trasmisión, un acto de adquisición para el acreedor y un acto de disposición para el deudor.

Saleilles, otro jurista citado por Lozano Berruezo[2095], expresa que cesión de deuda o endoso de deuda (*Schuldnerbernahme*) es el contrato que tiene por fin la disposición de un elemento del patrimonio, de un derecho, de allí que importe un acto de disposición.

Para Valencia Zea[2096], la cesión o asunción de deudas es el negocio en virtud del cual una persona se compromete a pagar al acreedor en lugar del primitivo deudor. Agrega que el Código Civil de su país (Colombia) no contempla dentro de una reglamentación general la transmisión de derechos personales por su aspecto pasivo, a semejanza de lo que sucedía en el Derecho romano.

Según Alberto Trabucchi[2097], la asunción supone un contrato entre el deudor y un tercero destinado a producir eficacia dentro de la esfera jurídica de otra persona que es el acreedor.

Ahora bien, algunos autores sostienen que son requisitos *sine qua non* de la asunción de deuda, el asentimiento del acreedor y la preexistencia de una obligación válida.

Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda[2098] afirma que la auténtica asunción, o sea, aquélla que libera al deudor originario, necesita del asentimiento del acreedor, toda vez que no todos los patrimonios ofrecen al acreedor las mismas seguridades que el de la prestación a que tiene derecho. Es obvio que el acreedor se encontrará más tranquilo no sólo por la calidad moral de su deudor, sino más bien por la riqueza de su patrimonio.

En este sentido, De Diego, citado por Castañeda[2099], precisa que en la cesión de deudas no se puede eliminar la intervención del acreedor, ya que al deudor

2094 Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 113.
2095 *Idem.*
2096 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 405 y 406.
2097 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 101 y 102.
2098 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 254.
2099 *Ibidem*, pp. 253 y ss.

podría serle indiferente pagar a uno u otro acreedor, pero al acreedor ello no le será indiferente. Al acreedor sí le importa quién es el que le debe.

Sobre la preexistencia de una obligación válida, Enneccerus, Kipp y Wolff[2100] anotan que la asunción de deuda presupone una obligación válida, que puede ser incluso futura, accesoria o litigiosa.

Cabe aquí señalar que un caso típico de cesión de deudas suele presentarse en la sucesión por causa de muerte, en la que ella se verifica, desde luego, sin convención alguna.

Trabucchi[2101] agrega que un ejemplo de asunción se da cuando en la división de la herencia uno de los coherederos asume frente a los demás la obligación de pagar las deudas hereditarias; en otros casos, la asunción se produce por imperativo legal: así sucede en la cesión del patrimonio y en la venta de herencia.

Por su parte, Valencia Zea[2102] expresa que la cesión o asunción de deuda tiene como fuentes principales la sucesión por causa de muerte y la convención o negocio jurídico. En la sucesión por causa de muerte se realiza respecto a los herederos (y subsidiariamente respecto de los legatarios) una plena asunción de deudas del causante, pues el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles; y las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, siendo beneficiosa esta asunción de deudas para los acreedores por cuanto en lo futuro tendrán dos patrimonios como garantía del pago de sus créditos: el del causante y el de los herederos, quienes, no obstante, podrán interponer el beneficio de inventario en virtud del cual responden de las deudas del causante hasta la concurrencia de los bienes que efectivamente reciban del *de cujus* y, además, la asunción de una deuda puede verificarse mediante negocio o convención celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor.

Recuerda Valencia Zea que el Código Civil colombiano reglamenta la asunción de deudas por medio de la sucesión por causa de muerte, pero no por convención o negocio jurídico, no obstante lo cual se dan aplicaciones casuísticas. Así, conforme el artículo 2020, en ciertos casos, el adquirente de un inmueble está obligado a respetar el contrato de arrendamiento, con lo cual asume las obligaciones que debía ejecutar el trasmitente; sin embargo, aquí más que ante una cesión aislada de deudas nos encontramos ante una cesión de la posición contractual.

En opinión de Jorge Eugenio Castañeda[2103], en la práctica se observan casos de cesión o sucesión en las deudas, como son los de ventas de predios hipotecados y traspaso de establecimientos comerciales. En tales traspasos, el comprador

2100 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 409 y ss.
2101 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 101 y 102.
2102 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 405 y 406.
2103 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 260.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de la tienda contrae generalmente la obligación de pagar las deudas. Parece, sin embargo, que cualquier pacto entre vendedor y comprador de establecimiento mercantil no puede enervar la acción del acreedor contra su primitivo deudor, no obstante que se hubieren efectuado las publicaciones que la ley especial ordena.

La asunción de deuda responde a una concepción objetiva de la obligación, según la cual la esencia de ésta se halla en su objeto[2104]. Por ello, el Derecho romano desconoció esta figura[2105].

Enneccerus, Kipp y Wolff[2106] señalan que la asunción de deuda fue considerada por el Derecho romano como incompatible a la esencia de la obligación. Por lo tanto, no podía darse ingreso a un nuevo deudor, sino renovando a la vez la deuda misma, o sea, mediante novación, que podía hacerse por delegación del antiguo deudor (*delegatio*) o sin delegación (*expromissio*).

La inflexibilidad originaria que en el tema de la transmisión de obligaciones presentó el Derecho romano fue atemperada al admitirse en Roma la trasmisión del crédito, no sólo sin la voluntad del deudor, sino incluso contra ella.

Sin embargo, dicha inflexibilidad se abandona de manera absoluta con la dación del Código Civil alemán, el que admite la trasmisión de la obligación en su aspecto pasivo[2107].

2104 Saleilles, citado también por Lozano Berruezo (Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 101), afirma que lo importante en la obligación es lo que nosotros llamamos contenido y los romanos *praestare*. Lo que importa es que se cumpla lo que es preciso cumplir y no la persona que lo cumple o quien recibe el pago —aunque, claro está, siempre habrá de cumplirse entre un acreedor y un deudor—. Precisa Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 253 y ss.), que en toda obligación existe un elemento activo que es el crédito y algo pasivo que es la deuda. Estos elementos existen independientemente de sus titulares, tienen su propia individualidad, son valores patrimoniales, son cosas, en fin, susceptibles de enajenación. La deuda concebida como cosa enajenable es trasmisible de persona a persona. La deuda se transporta de un deudor a otro, lo cual importa sucesión en la deuda.
Es incuestionable que ha sido el Derecho Comercial el que más ha contribuido a esta despersonalización de la obligación, al tratar de debilitar la importancia que tenían en la relación obligacional las personas del acreedor y del deudor.

2105 Según anota Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 253), los romanos no concibieron la mutación subjetiva de la obligación, esto es, la posibilidad de que el crédito o la deuda se transmitiera de una persona a otra, ya que percibieron a la obligación como un vínculo eminentemente personal.

2106 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 409 y ss.

2107 Saleilles, nuevamente citado por Lozano Berruezo (Lozano Berruezo, C. *Op. cit.*, p. 100), expresa que el Código alemán no podía menos que consagrar este principio, ya que de un modo o de otro los Códigos prusiano, austriaco y el Proyecto para el Reino de Baviera tratan del contrato de trasmisión de deuda.
Aclara Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 253), que fue entre los pueblos germanos en donde se consiguió la sucesión en las deudas, por lo mismo que éstos tuvieron una concepción distinta de la obligación de la que mantenían los romanos. Para los germanos la obligación incidía más sobre los bienes que sobre las personas.
Valencia Zea (Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 405 y 406), por su parte, refiere que el antiguo Derecho germánico conoció esta institución, pero más tarde quedó oscurecida por

La asunción de deuda logra pues tipicidad jurídica con la promulgación del B.G.B. alemán, Código que le dedica los artículos 414 a 419.

2.7.2. La asunción de deuda en el Derecho peruano

Refiere Jorge Eugenio Castañeda[2108] que el Derecho de los pueblos latinos no legisla a la asunción de deudas, pero cuenta con dos figuras que la reemplazan, aunque no íntegramente: la expromisión y la delegación.

En efecto, como lo dijimos al inicio, ni el Código Civil peruano de 1852, ni el de 1936, ni el actual regulan la figura bajo comentario. No obstante, en el Derecho peruano podemos encontrar una primera alusión al tema con ocasión de la elaboración del Código Civil de 1936, en un Memorándum presentado por Pedro M. Oliveira, relativo al Plan del Libro de las Obligaciones que con anterioridad había formulado Manuel Augusto Olaechea, y en el que Oliveira cuestionaba que dicho plan no legislara sobre la cesión de deudas.

La sesión en que Oliveira presentó el citado Memorándum fue la cuadragésimo quinta, de fecha 12 de septiembre de 1923. La respuesta de Olaechea a ésta y a las demás observaciones (fueron un total de veintisiete) de Oliveira tuvo lugar en la cuadragésimo séptima sesión, de fecha 26 de septiembre de 1923. Ésta fue la segunda ocasión en que se aludió al tema de la cesión de deudas.

La tercera tuvo lugar a través de una ponencia presentada por Manuel Augusto Olaechea en la centésima quincuagésima sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 28 de abril de 1926[2109], precisamente cuando abordaba el tema de la novación.

En la referida ponencia, Olaechea se manifestaba contrario a legislar en el nuevo Código sobre la cesión de deudas por considerar, de un lado, que la cultura jurídica peruana rechazaba la concepción tan objetiva de la obligación en la que se basaba la cesión de deudas, y de otro, que la trasmisión de la deuda sin que opere novación no revestía realmente interés práctico, ya que aun en el Código Civil alemán los derechos accesorios que garantizaban la deuda no subsistían.

Posteriormente, el propio Olaechea en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil peruano[2110], en 1936, se ratificaba en los argumentos expuestos años atrás en el seno de la Comisión Reformadora, al sostener los siguientes conceptos sobre la novación y la cesión de deudas:

---

la influencia de las ideas romanistas, no obstante lo cual renació con la elaboración del Código alemán de 1900.

2108 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 252 y ss.

2109 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, pp. 91 y 92.

2110 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo V, pp. 29 y 30.

> El título tercero regula la novación. Esta figura conserva caracteres propios. Desde el punto de vista activo, la cesión de créditos aparece instalada en todos los Códigos. Desde el punto de vista pasivo, la cesión de deudas sólo ha llegado a cristalizar en los Códigos alemán y suizo. El primero de dichos Códigos ignora la novación y el segundo la admite respecto de los saldos provenientes de la cuenta corriente. Para el Código alemán, la cesión de deudas a título particular, puede resultar o de un contrato entre el acreedor y el nuevo deudor, o entre el antiguo y nuevo deudor. En el primer caso, hay una expromisión y en el segundo, la cesión de deuda no asume un carácter original. La institución trazada por el Código alemán, no ha sido imitada por el Código del Brasil, ni por el novísimo Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos que la omite deliberadamente. En concepto de los preclaros autores de esta obra de unificación legislativa la pretendida novedad suizo-alemana carece de interés por practicar el Derecho Civil latino la expromisión y la delegación que son formas diversas de la novación.

2.7.3. La conveniencia o no de legislar en el Perú acerca de la asunción de deuda

Es éste un tema que no resulta novedoso. Ya Pedro M. Oliveira (partidario de legislar la materia en el Código Civil) y Manuel Augusto Olaechea (ferviente adversario de esta idea) sostuvieron un debate sobre el particular.

Estimamos que dicho debate y, en especial, las conclusiones a que arribó Olaechea, aclaran de manera prístina tan interesante rubro.

Como hemos expresado, en la cuadragésimo quinta sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil, de fecha 12 de septiembre de 1923, se dio lectura a un Memorándum de observaciones formuladas por Oliveira en relación al Plan del Libro de las Obligaciones presentado con anterioridad por Olaechea.

Este Memorándum[2111] contenía —como ha sido dicho— diversas observaciones, de las cuales dos se centraban en el tema que nos ocupa: la vigésima segunda y la vigésimo tercera, que reproducimos seguidamente:

> Observación vigésima segunda.- El Código alemán y el Código suizo han legislado la transferencia de deudas.
>
> ¿Debe reconocerse la existencia de esta institución en el Proyecto?
>
> ¿No será posible el cambio de deudor sin novación de la misma manera que lo es el cambio de acreedor? ¿No tendrá razón Saleilles cuando dice: "La cesión de créditos y la cesión de deudas se complementan recíprocamente,

2111 En Comisión Reformadora del Código Civil peruano. *Op. cit.*, fascículo segundo, pp. 20 y 21.

> y es tan sólo cuando una y otra son admitidas que las obligaciones son movilizadas bajo sus dos fases activa y pasiva"?
>
> ¿No es la cesión un hecho de la vida diaria? Son los hechos, dice un escritor, los actores más eminentes del derecho, los que han forzado la mano, aquí como en todo, para hacer admitir como derecho de disciplina lo que era derecho fenómeno.
>
> ¿No convendrá consumar la desromanización del concepto de la *obligatio*, despojándolo, por completo, de su carácter originario de vínculo estrictamente personal?
>
> Observación vigésima tercera.- El estudio de los tópicos apuntados en la observación precedente, ha hecho surgir en mi espíritu otras interrogantes, que entrego con verdadero agrado, al criterio del doctor Olaechea y de los demás señores miembros de la Comisión.
>
> Si en una obligación puede cambiarse el sujeto activo o acreedor por medio de la cesión de créditos, y el sujeto pasivo, por medio de la cesión de deudas, y el objeto por medio de la dación en pago (Código alemán, artículo 364) y la causa sin salir de los principios de derecho común (artículo 67, Código Civil alemán), ¿a qué queda reducida la importancia práctica de la novación en el derecho contemporáneo?
>
> Sea de ello lo que fuere, habrá que admitir, cuando menos, que las funciones propias de la novación son ya muy escasas (véase Planiol, Derecho Civil, tomo 2°).
>
> (Es de notar que el Código alemán no legisla la novación, concordando su doctrina con la de un egregio pandectista, que el Código suizo sólo le consagra pocos artículos —artículos 116 y 117— y que la jurisprudencia francesa la limita cada vez más).

Dos semanas después, en la cuadragésima séptima sesión, de fecha 26 de septiembre de 1923, se dio lectura al Memorándum de Olaechea[2112], en el que respondía a las observaciones formuladas por Oliveira al Plan del Anteproyecto del Libro V que presentó a la Comisión.

En lo referente a las observaciones vigésima segunda y vigésima tercera, Olaechea expresaba lo siguiente:

> «La primera de las dos observaciones enunciadas tiene por objeto investigar si conviene admitir la cesión de deudas desromanizando, por decirlo así, el concepto clásico personal de la obligación; y la segunda, estrechamente vinculada a la primera, se propone investigar si debe mantenerse todavía en nuestro derecho la figura jurídica de la novación.

2112 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo II, pp. 29-35.

Deploro que el doctor Oliveira no exprese su opinión sobre las dos cuestiones que propone.

Contesto: a la segunda de las observaciones planteadas transcribiendo los siguientes conceptos de Planiol, autor egregio citado a menudo por el doctor Oliveira:

"El rol de la novación que fue considerable en la época romana parece —dice Planiol— que llega a su fin en los tiempos modernos. Cuando menos tiende a no revelarse como una institución jurídica distinta: su rol ha sido ocupado por otras operaciones que la reemplazan. Esta especie de desmembramiento de la novación se ha efectuado en el Código Civil alemán. El artículo 364 de este Código incorpora la novación por cambio de objeto en la dación en pago, considerando liberado al deudor de su obligación primitiva por la dación de una nueva acreencia contra él. La novación por cambio de deudor ha sido desbautizada y se ha convertido en la cesión de deuda. En cuanto a la última forma de novación por cambio de acreedor, el Código alemán la ignora enteramente y sólo se ocupa de la cesión de créditos".

"Esta concepción moderna de la novación —dice el ilustre autor— no es verdadera sino en parte. Es cierto que la función traslativa de la novación ha resultado inútil desde que las legislaciones modernas han concebido y admitido la trasmisibilidad de las obligaciones: si las personas pueden sustituirse las unas a las otras en las relaciones obligatorias sin que la relación sea destruida, la novación por cambio de acreedor o por cambio de deudor, no tiene razón de ser: tiende a confundirse con la cesión de créditos o con la cesión de deudas. Pero como lo hemos visto antes, la novación no se absorbe por la adjudicación en pago: contrariamente, la dación en pago debe considerarse como una novación seguida de inmediata realización. Aun perdiendo su función traslativa, la novación seguirá siempre con su rol propio, siendo el único procedimiento jurídico capaz de cambiar el objeto debido. Se verá, además, que la novación tiene todavía otras funciones, porque sirve para cambiar la causa de la obligación o sus condiciones". (Planiol - Droit Civil, Tomo II, página 175).

Quiero prescindir por brevedad de hacer una referencia a la legislación comparada sobre este mismo asunto.

En lo tocante a la primera de las observaciones que analizo, permítaseme decir que no percibo el interés legislativo de la cuestión.

Creo que la nueva operación insinuada de la cesión de deudas nos llevaría fatalmente a modificar el concepto tradicional que tenemos de la obligación, el criterio romano de que la obligación es una relación jurídica que liga a dos personas determinadas, para considerar las obligaciones en lo futuro, sólo objetivamente, en su contenido patrimonial. Para todas las legislaciones derivadas del tronco romano el elemento pasivo de la obligación se reputa absolutamente intransferible; y me atrevo a pensar que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la nueva manera legislativa, netamente alemana, proyectaría en el campo jurídico la confusión, la incertidumbre y la duda.

He dicho que no le atribuyo verdadera importancia legislativa.

He aquí por qué:

Si se admite la idea alemana de la cesión de las deudas, no se altera la obligación: cambia, únicamente, el sujeto pasivo de ella.

Dentro de esta figura jurídica, la convención entre el primer deudor y el segundo no surte efecto alguno para el acreedor, sino cuando éste presta su consentimiento; y debe agregarse, que las garantías de la obligación —no obstante suponerse que la obligación permanece inalterable— desaparecen.

Contrariamente, si se admite la figura clásica latina de la novación subjetiva por cambio de deudor, se supone entonces que la primera obligación desaparece y que se ha formado una nueva; pero la operación no se perfecciona sino cuando el acreedor consiente en ella; las garantías de la primera obligación desaparecen igualmente, y el segundo deudor, sólo puede oponer al acreedor, como en la hipótesis primera, las excepciones que no tengan un carácter estrictamente personal al primero.

Y bien, ¿cuál es la diferencia capital desde el punto de vista práctico?, ¿para qué queremos demoler una idea que funciona tan claramente en todas las mentes, produciendo los mismos efectos jurídicos, para proyectar la oscuridad y la duda?

Es difícil que los círculos jurídicos peruanos entiendan y admitan una institución que violenta tan gravemente la cultura jurídica estratificada por el curso de los siglos.

Por todo esto, el propio Planiol añade lo siguiente:

"El interés (de la cesión de deudas, en vez de la figura de la novación subjetiva) no es considerable, y se explica que las legislaciones antiguas y modernas hayan prescindido durante largos siglos, de la cesión de deudas, contentándose con la cesión de créditos"[2113].

2113 Para concluir su exposición, Olaechea transcribe los siguientes conceptos de Giorgi:
«Con estos precedentes no podían vacilar los compiladores del Código Napoleón y del italiano. En efecto, no dudaron en reconocer la trasmisibilidad de los créditos y en disciplinar la cesión a título de venta. Si los artificios de que hemos hablado tenían en el Derecho romano la recomendable finalidad de poner el Derecho Civil en armonía con las exigencias del progreso nacional, hubiera sido un anacronismo repetirlas en una época en que el desarrollo progresivo del Derecho estaba en auge, desapareciendo el antagonismo entre el rigor de los principios y las necesidades sociales. He aquí por qué el legislador francés, haciéndose eco de las palabras de Portalis, reconoció en el artículo 1689 la cesión, es decir, la venta de los créditos. He aquí por qué nuestro legislador no sólo imitó el ejemplo en el artículo 1538 del Código Civil, sino que se atrevió a hablar de propiedad de crédito, y considerando el *vinculum juris* como una figura jurídica que tuviese una esencia objetiva completamente independiente de las personas, dijo para hacer más diáfano su pensamiento que la

En opinión nuestra, la normativa de la asunción de deuda no reviste apremio alguno, por cuanto, en virtud del principio de libertad contractual, aun careciendo de tipicidad jurídica, bien podrían presentarse, como en la realidad de los hechos se presentan, actos de esa naturaleza.

En este sentido, militamos con Olaechea entre quienes objetan la eventual regulación de la figura bajo análisis por la ley civil peruana.

---

propiedad del crédito se adquiere por el comprador. Insólito y atrevido lenguaje en una ley sobre la que ya hicimos y volveremos a hacer nuestras reservas.

Y no es eso todo. El grado más alto de progreso fue señalado por las leyes comerciales donde la necesidad de formas de trasmisión rápidas y seguras operó novedades mucho mayores que en el derecho puramente civil. En efecto, desde que el apremiante movimiento de los tráficos cambiarios aconsejó el expedir las letras de cambio con la cláusula a la orden, comenzó en las costumbres y luego en las leyes comerciales un modo más expeditivo de trasmisión: el endoso, que luego se extendió también a ciertos créditos civiles referentes a títulos revestidos de formas comerciales, y está hoy en camino de extenderse todavía más. Por último, cuando los títulos al portador, espontáneamente introducidos y difundidos por el movimiento comercial bajo las formas primero alternativa y luego simple, en la factura, en las pólizas de seguro, en billetes de transporte o de entrada a los espectáculos públicos, aumentaron su importancia y nos condujeron a ver materializada una gran suma de dinero en un pedazo de papel que representa, por decirlo así, crédito y acreedor, se realizó la revolución; y desde entonces la tradición manual, la forma de trasmisión más sencilla y rápida llega a ser un modo legal de trasmitir los créditos de persona a persona.

Novación, procura sobre entendida, acciones útiles, cesión, endoso, tradición, he ahí sintetizada la historia de los principales medios de trasmisión de los créditos por actos *inter vivos*; he aquí el desenvolvimiento progresivo de las instituciones jurídicas destinadas a la trasmisión de los créditos. ¿Habíamos, pues, hablado mal al decir que en esta materia se ha realizado una revolución? Todo esto, por lo que respecta a la trasmisión de los créditos, pues la trasmisión de las deudas no ha recibido el mismo impulso ni ha seguido nunca el activo movimiento manifestado respecto de los créditos. La razón la veremos pronto. Entre tanto nos basta con saber que la novación representa hoy, como antiguamente, el medio de transferir una deuda de un deudor a otro» (Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VI, p. 73).

Y, más adelante, añade el mismo autor:

«De ahí se sigue que en los contratos bilaterales, la cesión que un contratante haga de su derecho de acreedor con respecto al otro contratante, no lo libra del débito correlativo, sino que agrega un deudor nuevo al antiguo. No se diga que hay injusticia; pues también el acreedor abusa de su derecho, cuando cede el crédito, exponiendo al deudor a una agravación de la obligación al ponerle a merced de un acreedor más poderoso o menos tolerante. Se contesta que bajo el imperio de las leyes, que permiten la cesión de los créditos, el deudor puede desde el principio prever el cambio de acreedor y que no tiene derecho a quejarse si ese cambio se verifica. Por lo demás, no pudiendo nunca la cesión agravar la esencia objetiva de la obligación, sería excesivo el prohibir la cesión de los créditos sólo porque el cesionario pueda ser un acreedor menos tolerante que otro acreedor. Y esto bastaría para explicar por qué la trasmisión de las deudas queda firme en la novación. Añádase que puede que aquellas causas, que hicieron sentir la insuficiencia del antiguo procedimiento de trasmisión de los créditos no se manifestaron nunca en la de las deudas. El incremento de los tráficos y la razón comercial podrán muy bien requerir modos expeditivos de trasmisión de los créditos, pero el deseo de trasmitir las deudas no habría podido ser más que sagacidad maléfica de los deudores quebrados o fraudulentos.

Esto basta sobre el asunto; pues estamos apremiados por más interesante y más vasta materia». (*Ibidem*, p. 78).

2.7.4. La posibilidad de ceder deudas en el Derecho peruano

La doctrina nacional relativa al Código Civil de 1936, cuerpo normativo que —como ha sido visto—, al igual que el que nos rige, no reguló la figura de la cesión de deudas, se ha ocupado del tema.

Así, Jorge Eugenio Castañeda[2114] señala que, a pesar de no estar legislada expresamente en nuestro cuerpo civil, podría celebrarse dentro del ordenamiento jurídico peruano una cesión de deudas.

Para afirmar la validez de la cesión de deudas en la ausencia de regulación específica al respecto, Castañeda recuerda las expresiones de Manuel Augusto Olaechea, quien a su vez se apoyaba en Baudry-Lacantinerie[2115].

Del mismo parecer era Ángel Gustavo Cornejo[2116], cuando manifestaba lo siguiente:

> Dado que el espíritu del nuevo Código, al mantener la novación, no impide que puedan celebrarse contratos en que sin extinguir una relación obligatoria, la transformen, es interesante diferenciar, como lo hace el derecho alemán, entre la novación propiamente dicha y la simple transformación de una deuda, ya que, como dice Enneccerus, la transformación contractual de una deuda, no puede en todos los casos equipararse conceptualmente o en sus efectos, a la novación romana.

Por su parte, José León Barandiarán[2117] coincidía con el parecer de Castañeda y Cornejo, admitiendo la posibilidad de la sustitución de los sujetos en una relación obligacional, sin que ello implique —necesariamente— novación, expresándose en los siguientes términos:

> En el Derecho romano la novación tenía una importancia considerable, como medio correctivo del rigor del principio de la intrasmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica; por lo que para modificarla precisaba extinguirla y constituir otra nueva.

2114 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 252 y ss.

2115 Anota Jorge Eugenio Castañeda que: «Olaechea [...], citando a Baudry-Lacantinerie, manifiesta que el hecho de no legislar una institución no implica prohibirla, que una codificación no suprime ni detiene el progreso jurídico, excluyendo las nuevas concepciones de la ciencia que respondan a necesidades efectivas. Pensaba el esclarecido maestro que la cultura jurídica del pueblo peruano rechaza esta concepción tan objetiva de la obligación; y que el interés de la asunción de deudas o cesión de deudas dependería de que subsistieran vigentes los derechos accesorios que garantizaban la deuda, pero que ni el mismo código alemán lo ha establecido así, vinculando al consentimiento la subsistencia de esos derechos; por lo mismo, concluía que carecía de interés práctico la transmisión de la deuda sin operarse novación».

2116 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 398.

2117 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 452 y 453.

Pero actualmente se percibe que toda la construcción relativa a la novación se halla en riña con la realidad de los negocios, en su faz económica y jurídica. Numerosos son los casos de modificaciones en los elementos integrantes de una relación jurídica, sin que se pueda decir que hay extinción de esta misma: cesión de crédito, pago con subrogación, aval, pago con intervención, trasmisión de activo y pasivo de las sociedades. La determinación de los efectos y alcances de estas modificaciones debe dejarse al acuerdo de las partes; no hay por qué presumir que tales determinaciones importen extinción de la obligación, para crear otra nueva; elaborándose para este propósito todo un régimen institucional. Dice Bibiloni a este respecto, haciendo la crítica del Código argentino y propugnando el criterio rectificatorio: "La ley no interpreta los actos en el sentido de su extinción. Deja a las partes que los ajusten como los entiendan. Si quieren extinguir la obligación con el establecimiento de la nueva, son libres de hacerlo. Si no lo quieren, no viene la ley a sustituir su voluntad a la de las partes, interpretando en sentido distinto los actos que celebran, so color de que los cambios en las personas o en las prestaciones son contrarios a la esencia de la obligación. La novación no se presume. Es facultativa".

Este nuevo orden de ideas respecto a la novación se impuso en el Código alemán. Éste no la hace objeto de una institución especial; dejando que las partes libremente pacten el modo de reglar su relación jurídica. El cambio en la persona del acreedor cae dentro de la cesión de créditos; en cuanto al cambio en la persona del deudor, es objeto de un instituto especial, la cesión de deudas (artículos 414 y siguientes), dentro de la cual no se reputa que hay extinción de la misma deuda, sino mera asunción de ésta por el cesionario, tratando el caso como una verdadera sucesión a título particular. Como escribe Endemann, "la novación servía en el Derecho romano para hacer posible un cambio del acreedor o del deudor; ya no la necesitamos para este fin, pues la deuda persiste según el concepto actual, a pesar del cambio de los sujetos jurídicos participantes. El Código Civil ya no trata de la novación; pero, porque existe cierta libertad de pactar, sigue sirviendo al fin de realizar una modificación en la deuda, para anular una deuda existente hasta este instante y reemplazarla por una nueva".

"Puesto que el B.G.B. —anota Dernburg— reconoce la libertad convencional, se admite de este modo las novaciones, cuando las partes así lo quieren, aunque el B.G.B. nada indique en particular sobre ello".

El Código suizo consagra a la novación sólo un artículo, tendiente precisamente a quitarle su importancia legal, al establecer meramente que la novación no se presume. El cambio en la persona del acreedor es tratado dentro de la cesión de créditos, el cambio en la persona del deudor dentro de la cesión de deudas, la sustitución en la prestación es apreciada dentro de la dación en pago.

> Sin embargo, hay un tanto de exageración en la crítica al régimen institucional de la novación. Dentro de los códigos modernos se conserva tal institución. Así ocurre con los códigos brasileño, italiano, venezolano y también con el proyecto franco-italiano.

Comparte la posición de la doctrina nacional el profesor colombiano Arturo Valencia Zea[2118], en el Derecho de cuyo país no existe un tratamiento legal orgánico de la cesión de deudas.

Señala Valencia Zea que algunos autores han dicho que no existe asunción de deudas, pues todo cambio de deudor, si bien es posible, implica creación de un derecho personal u obligacional antes que la transmisión de uno anterior; y explican dichos autores que como es de la esencia del derecho del acreedor la acción de persecución sobre los bienes del deudor, con el cambio de deudor el acreedor se ve precisado a ejercer la acción de persecución sobre otro patrimonio, y así al cambiar uno de los elementos esenciales del primitivo derecho, cambia su identidad originaria, de suerte que el nuevo deudor no es sucesor del anterior; argumento frente al cual se responde diciendo que no siempre es de la esencia del crédito el hacerse efectivo sobre un patrimonio, ni menos que ha de ejercerse sobre el patrimonio de determinado deudor. Así, el acreedor puede hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio del fiador y no sobre el del deudor.

Refiere Valencia Zea que es de la esencia de la asunción de deuda que el antiguo deudor quede liberado, pues si así no fuere, no existe cesión de deuda, sino que simplemente se ha dado una garantía nueva de pago, lo que sucede especialmente en los casos en que alguien promete a un deudor cancelarle su deuda, sin el consentimiento del acreedor.

2.8. Diferencias entre la asunción de deuda y otras figuras

Resulta de interés precisar las diferencias entre la asunción de deudas y otras figuras con las que se le suele confundir. Tales son: la novación por cambio de deudor en las modalidades de delegación y expromisión, la indicación o asignación de pago, la cesión de derechos y la cesión de posición contractual.

En la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la obligación originaria se extingue por ser sustituida por otra nueva. De allí que no sea compatible con la asunción de deuda, en la que sólo se produce sustitución del deudor[2119].

2118 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 405 y 406.

2119 En opinión de Jorge Eugenio Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 261), las diferencias existentes entre la novación *ex parte debitoris* y la cesión de deudas, son las siguientes: «a) Por la novación se sustituye una deuda que muere a otra que nace. La nueva deuda trae su origen de la convención celebrada entre acreedor y deudor. En la cesión de deuda no hay extinción; es la misma obligación que se traslada del deudor cedente al deudor cesionario. Por lo mismo, esta obligación siempre procede del título constitutivo entre el acreedor y el deudor cedente;

De Diego, citado por Castañeda[2120], señala que por la asunción de deuda se da una mutación puramente subjetiva, pero se mantiene invariable la misma relación obligacional.

En lo relativo a la delegación imperfecta, impropia y no novatoria, debemos señalar que ésta se diferencia de la asunción de deuda porque mediante aquélla el acreedor adquiere un segundo deudor (además del deudor primitivo), en tanto que a través de la asunción de deuda el acreedor sólo podrá exigir su crédito al nuevo deudor.

Por otra parte, en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, un tercero asume espontáneamente, vale decir, sin encargo del deudor —a diferencia del caso de la delegación—, la obligación de pagar la deuda de otra persona al acreedor.

La *expromissio* libera al deudor primitivo, si el acreedor asiente. De allí la afinidad existente entre esta figura y la asunción de deuda. No obstante, por ser la *expromissio* un supuesto novatorio no puede constituir asunción de deuda.

De otro lado, la indicación o asignación de pago constituye una figura distinta a la asunción de deuda, desde que no existe liberación del antiguo deudor, ni sustitución de deudores como en el caso de la asunción de deuda.

Recuérdese que en la indicación o asignación de pago el tercero no se obliga con el acreedor y el deudor no se libera respecto del acreedor.

En cuanto a la nota distintiva entre la cesión de derechos y la asunción de deuda, la primera versa sobre el crédito de la relación obligatoria y puede ser impuesta al deudor (argumento del artículo 1206 del Código Civil), en tanto que la asunción de deuda versa sobre el lado pasivo o débito de la relación obligatoria y no puede ser impuesta al acreedor.

Por lo demás, la asunción de deuda también se diferencia de la cesión de posición contractual, por cuanto esta última requiere de un consentimiento tripartito —de ambas partes de la relación contractual y del tercero— (argumento del artículo 1435 del Código Civil). La asunción de deuda, en cambio, bien puede

b) Habiendo novación el derecho del acreedor deriva del contrato concluido entre el acreedor y el nuevo deudor. En la cesión de deuda el derecho del acreedor proviene del contrato celebrado entre el deudor cedente y el deudor cesionario;
c) En la novación la nueva deuda puede ser distinta de la anterior; en la cesión la deuda conserva sus mismos caracteres y virtualidades;
d) El nuevo deudor no puede oponer al acreedor las excepciones del deudor originario, lo que sí puede hacer en caso de cesión de deuda;
e) Si el nuevo deudor se incapacita o premuere en la novación antes de que el acreedor hubiere consentido en ella, no habrá novación. Por el contrario, la incapacidad sobreviniente o el fallecimiento del nuevo deudor, si sólo es cesión de deuda, es indiferente, aunque la adhesión del acreedor a la cesión se ultime después de producidos estos hechos».

2120 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 253 y ss.

prescindir de la voluntad del deudor, ya que su validez únicamente exige el asentimiento del acreedor como *conditio sine qua non.*

Adviértase que la asunción de deuda opera mediante acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, sin necesidad de que intervenga el deudor originario, o mediante acuerdo entre el deudor y el tercero que deberá sustituirlo, pero en este último caso la asunción de deuda estipulada sólo será eficaz cuando el acreedor asienta.

Una consideración final.

La principal diferencia entre la novación por cambio de deudor y la asunción de deuda versa en el efecto extintivo-creador de aquélla, y la subsistencia de la obligación primigenia y sus derechos accesorios en esta última.

A decir de Jorge Eugenio Castañeda[2121], si se concibe la cesión de deudas sin mudanza de la obligación, sin novación, subsistirán los privilegios, la cláusula penal, los derechos reales de garantía que fortalecían la obligación antes de su transferencia a otro deudor, salvo que estas seguridades hubieren sido otorgadas por terceros. No habrán de subsistir, es claro, las garantías personales, como la fianza, y quizá sí debe discutirse si sobrevive o no la solidaridad.

Manuel Augusto Olaechea, citado por Castañeda[2122], expresa que la diferencia entre la novación por cambio de deudor y la transmisión de deuda se encuentra que en la novación subjetiva pasiva desaparecen todos los derechos accesorios de garantía prestados por el mismo primer deudor, y en la transmisión de deuda estos derechos de garantía se conservan, salvo que hayan sido constituidos o prestados, no por el deudor, sino por terceros. Para la subsistencia de estas seguridades se necesita que los terceros consientan, lo mismo que en la novación por cambio de deudor.

Entonces, toda la utilidad que tiene la asunción está en que quedan o permanecen las garantías prestadas por el mismo deudor y en la novación no. En cambio, la delegación pasiva impropia o imperfecta, que no produce novación, es más ventajosa entonces que la misma asunción de deudas, ya que no sólo mantiene todas las garantías de la primera obligación, aun las prestadas por terceros, sino que agrega un deudor más a la obligación.

2.9. La novación subjetiva por adpromisión

Algunos autores establecen una clasificación tripartita de la novación subjetiva por cambio de deudor. En tal sentido, estiman que además de la novación por delegación y por expromisión, existe un tercer tipo de novación, al

2121 *Ibidem*, pp. 252 y ss.
2122 *Idem.*

que denominan novación subjetiva por adpromisión o, empleando el término romano, por *adpromissio.*

2.9.1. La novación subjetiva por adpromisión como un supuesto de expromisión simple o acumulativa

Así, para Trabucchi[2123] en la expromisión un tercero, por iniciativa propia, asume el débito ajeno y no se requiere, por lo tanto, el concurso de la voluntad del deudor originario. También la expromisión puede ser acumulativa (o simple), o bien producir la liberación del deudor; y anota que la liberación del deudor originario se produce en las dos formas de la novación (expromisión novativa) y de la sucesión particular en el débito (expromisión privativa).

Llambías[2124] denomina a la adpromisión como expromisión simple, y precisa que es importante advertir que no cualquier expromisión causa la novación de la obligación primitiva sustituyendo al deudor originario por otro deudor. Anota que, como ocurría con respecto a la delegación perfecta o imperfecta, también hay, en opinión suya, dos clases de expromisión: la expromisión simple y la expromisión novatoria.

La expromisión simple —señala— es el convenio, ya definido, que no extingue la deuda primitiva sino hace nacer, paralelamente, una segunda obligación a cargo de un nuevo deudor que versa sobre una misma y única prestación, generándose dos ligaciones concurrentes. El acreedor puede dirigir su acción contra uno u otro de los obligados, pero el primer pago total que se efectúe agotará su crédito, pues él no tiene título para cobrar doblemente.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[2125] que, al igual que lo que sucede con la delegación, la expromisión puede ser novatoria cuando el acreedor, además de aceptar la oferta del expromitente, manifiesta la intención de liberar a su primer deudor; o acumulativa, en caso de faltar esa voluntad exoneratoria, y cuyo efecto será entonces la adición de un segundo deudor al originario, quien continuará obligado. Cabe aclarar, sin embargo, que para algunos autores en este último supuesto el tercero no sería un expromisor, sino más bien un *adpromissor.*

Sobre el tema, Giorgi[2126] anota que si faltase el *animus novandi* no se tendría ya una *expromissio*, sino una *adpromissio*, o una fianza; vale decir, no una estipulación novativa, sino la adición de un deudor nuevo al antiguo.

Recuerda Giorgi que la Corte de Bruselas había determinado muy bien —según Laurent— que, en estos casos, no hay novación; no hay, en efecto,

2123 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 100 y 101.
2124 Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 58-63.
2125 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 267.
2126 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VII, pp. 439, 450 y 451.

expromissio, sino más bien *adpromissio*, porque un nuevo deudor se añade al antiguo, no existiendo ni palabra de novación ni hecho que produzca lógicamente la liberación del deudor precedente.

Giorgi estima estas razones como buenas y justas, las cuales, por otra parte, no impiden que otras veces deba decidirse de un modo distinto, cuando la voluntad de liberar al primer deudor resulte cierta, aunque de manera tácita, por el acto. Así, dice Giorgi, la subrogación del deudor es la más simple de todas las figuras de la novación, porque no requiere el consentimiento del deudor, pero no por ello ofrece menores dificultades que las otras al averiguar la existencia del *animus novandi* por parte de quien se subroga, y, sobre todo, del acreedor, que novando renuncia a la primitiva obligación.

2.9.2. La adpromisión como un supuesto de novación subjetiva

La novación subjetiva por adpromisión es novación, porque la obligación deja de tener un deudor y pasa a tener dos, lo que equivale a decir que deja de ser una obligación de sujeto simple en la parte pasiva, para convertirse en una obligación de sujeto plural. O, siendo ya de sujeto plural en la parte pasiva de la relación obligacional, aumenta el número de deudores.

En tal sentido, la novación subjetiva por adpromisión implica la persistencia o no del mismo objeto de la obligación (la prestación), pero la adición de uno o más deudores.

Sin embargo —y como ha sido señalado—, la novación por adpromisión también podría originarse cuando no sólo se adhiera un deudor al existente en la obligación primigenia, sino cuando se sumen dos o más, o cuando preexista un número plural de deudores, independientemente de cuántos se adhieren a la relación obligacional.

El tema de la novación subjetiva por adpromisión sugiere preguntarnos ante qué figura nos encontraríamos si la parte con singularidad de personas no fuese la deudora, sino la acreedora, y, en tal circunstancia, adicionaran una o más personas en la condición de acreedoras. Aquí también habría novación, y obviamente de carácter subjetivo, pero por adhesión de uno o más acreedores a los ya existentes.

Sobre esta clase de novación no se pronuncia la doctrina. Ello no importa, pues obviamente resulta jurídica y legalmente posible.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación

Artículo 1283.- En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

1. Fuentes nacionales del artículo 1283

Durante la época de la colonia, la Ley de las *Siete Partidas*, Ley 15, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que: «*Ca entonce valdria el segundo pleyto, e seria desatado el primero. E maguer este segundo que renouo el pleyto sobre si, viniesse a pobreza, de guisa que non ouiesse de que pagar la debda; con todo esso, el que la deuía auer, zon contra el primero debdor*».

El artículo 1283 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes 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, abordaba el tema en sus artículos 870: «El acreedor, que deja libre al deudor que ha hecho la delegación, no tiene recurso alguno contra él, si el delegado se hace insolvente, a no ser que la escritura contenga una reserva expresa, o que el delegado a tiempo de la delegación hubiese quebrado o hecho bancarrota»; 872: «Se transmiten al nuevo acreedor por rigor de derecho, y mientras no se estipule otra cosa, los privilegios e hipotecas del primer crédito»; 873: «Cuando la novación se hace por substitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al substituido sino por pacto expreso»; 874: «Cuando la novación se hace entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum* los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pueden reservarse, siempre que los coobligados no quieran entrar en la nueva disposición»; y 875: «Por la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum* quedan libres los coobligados, y la novación hecha a favor del deudor principal libra a los fiadores. Sin embargo, si en el primer caso el acreedor exige el consentimiento de los deudores, y en el segundo el de los fiadores, subsistirá el antiguo crédito».

Por su parte, el Código Civil de 1852 legisló la materia en los artículos 2268: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuesen como deudores solidarios, fiadores y codeudores

de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; 2269: «En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aún cuando el sustituto llegue á ser insolvente; si no es que la substitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo deudor, ignorándolo el acreedor»; 2270: «Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten a favor de éste, todos los gravámenes e hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; y 2271: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior».

El Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el tema en los artículos 2999: «La novación no se presume: es preciso que las partes manifiesten claramente en la nueva convención su voluntad de novar, ó que la anterior obligación sea incompatible con la nueva. Si no se manifiesta la intención de novar, se reputan coexistentes las dos obligaciones, y la primitiva vale en la parte que no sea opuesta á la posterior, subsistiendo en esa parte los privilegios y seguridades de la obligación antigua»; 3000: «Cuando por novación entra un nuevo acreedor, subsisten a favor de éste, todas las hipotecas y demás accesorios de la obligación primitiva, sin necesidad de que así se declare en la nueva convención»; 3001: «Si en la novación se sustituye al deudor otro nuevo, quedan extinguidas las hipotecas y demás seguridades de la obligación anterior. Cuando se quiera renovarlas, deben observarse las mismas formalidades con que se constituyeron por primera vez; y producen su efecto desde la fecha de la renovación»; 3003: «En la novación, en que se pone nuevo deudor, todos los antiguos coobligados, como deudores solidarios, fiadores ó codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; á no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; y 3004: «El acreedor que declare libre a su deudor primitivo no conserva acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga después en insolvencia; salvo que en la novación se haya previsto y exceptuado este caso expresamente, ó que la insolvencia haya sido anterior y pública, ó cuando menos conocida del deudor primitivo».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 se ocupaba del tema en los artículos 252: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; 253: «En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aún cuando el sustituto llegue a ser insolvente; a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor primitivo al tiempo de delegar su deuda»; 254: «Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten a favor de éste, todos los gravámenes e hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de

FONDO MACROSELLO CREARS

que se expresen en la posterior»; y 255: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior»; mientras que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en sus artículos 240: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, a no ser que se obliguen en el nuevo contrato»; 241: «En el caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aún cuando el sustituto llegue a ser insolvente; a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y no conocida del acreedor»; 242: «Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten a favor de éste, todos los gravámenes e hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; y 243: «Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordó la materia en sus artículos 1276: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; 1277: En el primer caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda»; y 1278: «Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en los artículos 1287: «En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior»; 1288: En el primer caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda»; y 1289: «Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba la materia en su artículo 146: «En caso de novación por delegación, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 138: «En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.— Sin embargo, en la novación por delegación la

obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regulaba el tema en su artículo 1301: «En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.— Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 hacía lo propio en el artículo 1250: «En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.— Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda».

2. Análisis

2.1. El principio general

El primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil peruano de 1984 estatuye que, en la novación, salvo pacto en contrario, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación primitiva. Si por la novación se extingue la obligación primigenia, parece coherente que dicha extinción determine la de sus accesorios, tal como lo predica la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica.

A decir de Martínez Alfaro[2127], la extinción de la obligación primitiva es causa del efecto de extinguir las obligaciones que son accesorias a la primitiva, como la fianza, prenda e hipoteca, extinción que se opera en virtud del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Salvat, citado por Borja Soriano[2128], expresa, en lo relativo a la extinción de la obligación principal, que éste es uno de los efectos propios de la novación, y respecto a la extinción de los accesorios y obligaciones accesorias, que ella es una consecuencia lógica de su propio carácter: los accesorios y las obligaciones accesorias siguen la suerte de la obligación principal y, en consecuencia, extinguida ésta, aquéllos debían quedar también extinguidos.

A nuestro entender, el principio previsto por el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil peruano resulta lógico como regla general. En ello, además, convienen la doctrina y legislación comparadas.

2127 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 340.
2128 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 622.

ESTUDIO MARIO CASTILLO TREVIÑO

Sin embargo, es indispensable hacer referencia a diversas figuras jurídicas que, si bien ratifican la regla general expuesta, revelan que dicho principio no es absoluto.

2.2. Estudio de los diferentes supuestos de novación y la extinción de las garantías

Consideramos que más allá de lo normado por el citado precepto, precisa estudiarse cada una de las hipótesis posibles, combinando para ello las diversas clases de novación con los diferentes tipos de garantías y personas o partes que las hubieran concertado.

En tal sentido, el marco legal peruano prevé doce supuestos distintos, que pasamos a examinar.

2.2.1. Novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor

Éste sería el caso en que el deudor hubiera otorgado, en seguridad del cumplimiento de la prestación debida, garantía real (hipoteca, prenda, garantía mobiliaria o anticresis) sobre un bien de su propiedad.

En esta hipótesis, la circunstancia de que las referidas garantías no se transfieran a la nueva obligación tendría como primer fundamento la regla general del primer párrafo del artículo 1283.

Pero, adicionalmente, sería de aplicación el artículo 1122, inciso 1, del Código Civil, al ordenar que la hipoteca se acaba por extinguirse la obligación que garantiza.

Si bien es cierto que dentro de nuestro ordenamiento legal la extinción de las garantías tiene en este supuesto fundamento jurídico (incluso dentro del ámbito de los Derechos Reales), consideramos que habría una hipótesis en la cual dicha tesis carecería de lógica. Nos referimos a la novación objetiva que pudiera generarse con motivo de una reducción sustancial del monto de la prestación originalmente convenido[2129], caso en el que sería a todas luces injusta la extinción de la garantía real.

No obstante la solidez de ese principio, no dejaría de ser una elaboración teórica, pues dudamos que pudiera primar sobre la concepción general que acoge el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil.

2129 Adviértase que este supuesto novatorio se configuraría únicamente cuando acreedor y deudor acordaran sustituir o cambiar el monto de la deuda, reduciéndolo por otro sustancialmente distinto. Ello nos obliga a aclarar que el pago parcial de una obligación no constituye novación. Si bien es cierto que dicho pago ocasiona variaciones en el monto de la prestación originalmente convenida, también lo es que tales variaciones se producen por efecto de la amortización parcial de la deuda y no en virtud de un acuerdo novatorio. Más aún, el cumplimiento parcial de la prestación —autorizado por mandato de ley o por el contrato— extingue sólo parte de la obligación debida; no extingue la totalidad de la obligación primitiva, ni crea otra nueva. De allí que el pago parcial de una obligación no genera consecuencias novatorias.

2.2.2. Novación objetiva con garantía real otorgada por un tercero

La extinción de la garantía se justifica en este caso en virtud de similares consideraciones que las previstas en el acápite (2.2.1) que antecede, y en el principio *res inter alios acta*, consagrado por nuestra legislación civil en el artículo 1363 del Código, norma según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

En lo relativo a la aplicación del principio general a este supuesto, no tendríamos observación alguna que formular.

2.2.3. Novación objetiva con garantía personal otorgada por un tercero

De producirse un caso de novación objetiva, la extinción de la garantía personal otorgada por un tercero tiene como fundamento legal la tesis prevista por el artículo 1283 y el principio *res inter alios acta,* establecido por el artículo 1363 antes citado.

2.2.4. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por el propio deudor

La extinción de la garantía en el supuesto bajo análisis halla su fundamento en lo prescrito por el artículo 1283 (principio general) y en los artículos 1122, inciso 1 (para el caso de la hipoteca), y 1096 y 1090, inciso 1 (para el caso de la anticresis).

Esta hipótesis novatoria es, a decir verdad, una en la cual pueden surgir las mayores dudas y cuestionamientos en el sentido de que si más allá de los principios legales del Derecho de Obligaciones y de los derechos reales que la sustentan ésta es razonable.

En la novación subjetiva por cambio de acreedor, el objeto (la prestación) sigue siendo exactamente el mismo, y ocurre lo propio en relación con el deudor (obligado), quien permanece en tal condición en la nueva relación obligacional. Esta era, sin duda, la razón por la cual el Código Civil de 1936 establecía en el artículo 1287, segunda parte, que, tratándose de la novación por cambio de acreedor, las garantías de la obligación anterior se trasmitían al nuevo acreedor.

De otro lado, aquí no nos encontramos en presencia de garantía alguna que haya sido prestada por terceros, de modo tal que el acuerdo novatorio no lesiona el principio contenido en el artículo 1363 del Código Civil (*res inter alios acta*).

De lo expuesto puede deducirse con claridad que hubiese resultado aconsejable mantener con variantes la excepción establecida por el Código de 1936, preservando en la nueva obligación, en la que sólo cambia la persona del acreedor, la garantía real otorgada por el deudor.

Tal vez sea este precepto el que determina, para los casos en que el deudor no quiera trasladar las garantías reales a la nueva obligación, que el acreedor y el

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

tercero que lo sustituye opten por la cesión de derechos, esto es, por cambiar a la persona del acreedor en la misma obligación.

2.2.5. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por un tercero

La intrasmisibilidad de las garantías de la obligación originaria a la nueva tiene como razón, en el supuesto bajo análisis, lo previsto por el principio general del artículo 1283 y lo prescrito por el artículo 1363, que recoge el principio *res inter alios acta.*

2.2.6. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía personal otorgada por un tercero

Los fundamentos en este caso son los mismos que los anotados como sustento del acápite (2.2.5) que antecede.

2.2.7. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por el propio deudor

Esta hipótesis encuentra su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como en los artículos 1122, inciso 1, y 1096 del Código Civil, y en el principio consignado por el artículo 1363, en el sentido de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos. Por lo demás, podría afirmarse que en este supuesto el nuevo deudor es una especie de «tercero» en relación con el deudor originario (ex deudor).

Sin embargo, precisa recordarse que en el segundo párrafo del artículo 1283 se establece que, en la novación por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda, supuesto que trataremos más adelante.

2.2.8. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por un tercero

La intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación tiene como fundamento, en el supuesto bajo comentario, el precepto general establecido por el artículo 1283 del Código Civil y las disposiciones de los artículos 1122, inciso 1, y 1096 del Código Civil, así como el principio *res inter alios acta* contenido en el artículo 1363 del propio Código.

2.2.9. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía personal otorgada por un tercero

Este supuesto tiene como sustento la regla general del artículo 1283 y, además, el principio contenido en el artículo 1363 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.10. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por el propio deudor

La intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación tiene su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil y en los ya citados artículos 1122, inciso 1, y 1096 del mismo Código.

Por otra parte, el principio *res inter alios acta* del artículo 1363 del Código Civil resulta aplicable, por excelencia, al caso analizado, ya que incluso la novación podría haber operado en contra de la voluntad expresa del deudor. Recuérdese que en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, el acreedor prescinde de la voluntad del deudor, bastando para que ella se produzca el acuerdo entre el acreedor y un tercero que desee ocupar el lugar del deudor.

2.2.11. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por un tercero

Los argumentos que sustentan este supuesto novatorio, en relación con la extinción de las garantías, son los mismos que anotamos en el acápite (2.2.10) que antecede, con el fundamento adicional de que no sólo se está prescindiendo de la voluntad del propio deudor, sino de los terceros que han otorgado garantía real, tesis que hace aplicable con mayor vigor el principio *res inter alios acta.*

2.2.12. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía personal otorgada por un tercero

El sustento de la intrasmisibilidad de las garantías en el caso que nos ocupa está dado por el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como por lo dispuesto en el artículo 1363, antes comentado.

2.3. Posibilidad de pacto en contrario

De acuerdo con lo establecido por la parte final del primer párrafo del artículo 1283, el principio general de que en la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, admite pacto en contrario.

En tal sentido, la solución legal peruana concuerda con la opinión de la doctrina consultada.

Así, Lafaille[2130] sostiene que, por razones prácticas, el Derecho desde muy antiguo admitió que se pudieran conservar las garantías de la obligación originaria por mención de un pacto expreso. Por ejemplo, en el caso de un prestamista que ha anticipado dinero con garantía pignoraticia sobre una serie de mercaderías, si

2130 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 348.

se produce novación el acreedor puede reservarse el derecho de prenda con sólo declarar que no consiente la novación sino bajo esa condición.

Por su parte, Borja Soriano[2131] señala que en el Código del Distrito Federal de México, existe un precepto (el artículo 1884) que permite a las partes apartar el efecto extintivo de los accesorios. Las garantías, como son los privilegios y las hipotecas adheridos al crédito antiguo pueden, pues, reanudarse al nuevo crédito por una cláusula especial y conservan entonces todo su valor. No son seguridades nuevas que se constituyen, sino las antiguas seguridades que, tales como eran, se trasladan a la nueva obligación, que son como trasplantadas, tal como dice Josserand. Esta reserva debe ser contemporánea de la novación, pues de otra manera los privilegios y las hipotecas del antiguo crédito serían extinguidos definitivamente por la novación y no podría ya ser cuestión de hacerlos revivir para garantía de la nueva.

2.4. Modo en que debe formularse el pacto en contrario

El Código Civil peruano guarda silencio, en el precepto que estamos comentando, respecto al modo en que debe formularse el pacto en contrario.

Por nuestra parte pensamos que dicho pacto, dada la importancia de su contenido y singularmente lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, debe constar en forma expresa.

En efecto, si bien el precepto citado admite la manifestación de voluntad expresa o tácita, él señala que esta última forma se descarta cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario, supuesto este último que es el previsto por el artículo 1283 del Código nacional.

Según Borja Soriano[2132] la reserva de que se trata no resulta eficaz si no es expresa. Sin embargo, la ley no prescribe términos sacramentales. Todo lo que es necesario es que esta reserva se formule en el acto mismo de la novación. La necesidad de una reserva expresa existe para toda especie de novación, trátese de novación objetiva o subjetiva.

Agrega dicho autor que, si el legislador ha admitido esta excepción, es por razones de utilidad práctica: ha pensado que era de naturaleza destinada a facilitar los negocios. Por otra parte, Borja Soriano apunta que, no obstante esta reserva, la posición de los otros acreedores hipotecarios —como lo hace notar Bigot-Prèameneu— queda la misma; ellos no tienen derecho, porque no tienen interés para oponerse a la reserva, como observan Baudry-Lacantinerie y Barde. El citado profesor mexicano añade que, en vista de lo expuesto, los acreedores que quieran

2131 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 623.
2132 *Idem.*

conservar las garantías de su crédito, al consentir en una novación deben tener el cuidado de hacer la reserva de que hemos venido hablando.

2.5. Otras consideraciones sobre el pacto en contrario

A entender de la doctrina consultada, existirían determinados supuestos de excepción para que se trasmitan a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, dentro de las modalidades y características que a continuación analizamos.

Gabriel Marty[2133], por ejemplo, indica que no siempre será posible la reserva de las garantías. Lo será si el mismo deudor queda sujeto a la nueva obligación y si las garantías recaen sobre los bienes de ese mismo deudor.

En cambio, a decir de Marty, surgen dificultades en los dos casos siguientes:

2.5.1. Cuando un nuevo deudor sustituya al anterior

En este supuesto resulta evidente que las garantías no se trasmiten de pleno derecho sobre los bienes del nuevo deudor; y, por otra parte, si el acreedor desea reservarse el beneficio de las garantías que recaen sobre los bienes del deudor anterior, se requerirá del asentimiento de este último.

2.5.2. Cuando las garantías no recaen sobre los bienes del deudor, sino de un tercero

Es éste el caso de un tercero garante real o personal, o codeudor solidario. El tercero sólo se obliga a garantizar el pago de la primitiva deuda. Si ésta se extingue, queda liberado. Para que garantice la nueva deuda no basta la reserva del acreedor, es necesario que el tercero dé su asentimiento.

En el mismo sentido, Borja Soriano[2134] manifiesta que si la reserva tiene relación con un tercero es también necesario el asentimiento de éste y cita las expresiones del tratadista español García Goyena cuando señala que esto será así «[...] por ejemplo, en la fianza o hipoteca dada por un tercero, pues los pactos sólo aprovechan y dañan a los contrayentes y sus herederos».

Borja Soriano agrega que el Código Civil del Distrito Federal de México contiene el artículo 2221, norma que establece lo siguiente: «El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a tercero que no hubiere tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador». También recuerda la explicación de Salvat: «Por una parte, la novación, cualquiera sea su clase, implica la alteración de la primitiva obligación, alteración que no puede ser invocada contra el tercero, que ha quedado extraño a ese acto;

2133 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, pp. 209 y 210.
2134 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 624.

la novación es para él *res inter alios acta*. Por otra parte, en el caso de novación por cambio de deudor, el tercero puede haber querido garantizar la obligación del primitivo deudor de cuya solvencia está informado y a quien le unen —quizá— vínculos de parentesco, de amistad o de negocios; pero no estar dispuesto a garantizar la obligación del tercero, que puede ser para él un desconocido».

Dentro del mismo orden de ideas, Lafaille[2135] es muy explícito al sostener que si la fianza, la prenda o la hipoteca son dadas por un tercero, entonces la ley no puede admitir que por una simple manifestación del acreedor, sin asentimiento de quien dio la garantía, se puedan cambiar las posiciones de las partes. De ahí que el Código Civil de su país, disponga que el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación.

Sobre el tema de las garantías prestadas por terceros, los Mazeaud[2136] expresan que el Código Civil francés no alude al consentimiento del propietario de los bienes gravados con hipoteca; y se plantean la cuestión de determinar si pueden las partes, sin que sepa el propietario de un bien hipotecado en garantía de la obligación antigua, afectar esa hipoteca como garantía de la obligación nueva nacida de la novación. Según los Mazeaud, el silencio de los redactores del Código Civil francés no podría ser invocado a favor de la afirmativa, porque Pothier estimaba necesario el consentimiento del propietario del bien hipotecado.

Consideran los profesores citados que la solución carece de dudas cuando no es el deudor, sino un tercero, el que ha constituido la hipoteca, al convertirse así en garante real del deudor, preguntándose cómo cabría prescindir de su asentimiento, interrogante frente a la cual señalan que el que hipoteque para garantizar la deuda de Pablo, se negaría a ello como seguridad de la deuda de Santiago. Y se cuestionan también qué decidir en la situación más corriente, aquélla en la cual el mismo deudor haya hipotecado uno de sus bienes; a ésta responden que se sabe que la novación por cambio de deudor puede tener lugar aun ignorándolo él, y se preguntan si resulta posible entonces conservar la hipoteca sin que aquél asienta en ello, observando que no deberá sufrir por la situación, pues en la hipótesis más desfavorable estaría obligado tan sólo al pago de lo que debe. Sin embargo, parece preferible, siguiendo la tradición del antiguo Derecho, decidir que es necesario el consentimiento del antiguo deudor para el mantenimiento de la hipoteca, pues, en efecto, si el consentimiento del antiguo deudor no se exige en la novación, obra a su respecto como lo haría un pago efectuado por un tercero, haciendo falta, además, que ese pago sea liberatorio, y el deudor cuyos bienes continuarán gravados pese a la novación, no quedaría liberado. Los Mazeaud finalizan afirmando que todo será así, salvo convención especial.

2135 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, p. 348.

2136 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen ii, pp. 467 y 468.

En tal sentido, Boffi Boggero[2137] anota que se tiene un caso típico de excepción en la norma del artículo 803, segunda parte, del Código Civil argentino, que dice textualmente: «El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva», precepto que reaparece después en materia hipotecaria, a través del artículo 3190, al prescribir lo siguiente: «Si el acreedor, novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continúa garantizando la nueva obligación».

2.6. Supuesto de excepción en el cual el deudor primitivo y sus garantes continúan obligados

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1283 del Código Civil peruano, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

Como se desprende de dicha norma, ella establece dos supuestos en los cuales el deudor primitivo y sus garantes responden del cumplimiento de la obligación novada. Se trata, en el primer caso, de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, en que la insolvencia del nuevo deudor (el deudor sustituyente) hubiese sido anterior y de conocimiento público al efectuarse la delegación; o, en el segundo caso, conocida por el deudor sustituido con anterioridad o coetáneamente al tiempo en que delegó su deuda.

El supuesto previsto por el Código con las palabras «anterior y pública» corresponde a que el acreedor habría incurrido en error; y el supuesto de la expresión «conocida del deudor», significaría que éste procedió dolosamente. En suma, aquí se sancionan el error y el dolo.

León Barandiarán[2138], refiriéndose al primer supuesto, expresa lo siguiente: «Se ha reputado que el acreedor al liberar al antiguo deudor, presuntamente debió condicionar tal liberación a la seguridad de poder ser pagado por el nuevo deudor. Si éste, pues, se hallaba en estado de insolvencia, el acreedor podría accionar contra el deudor delegante. El delegatario obró bajo error. De aquí que se exija que la insolvencia sea anterior al acto novativo, pues es inadmisible que la insolvencia del sustituto que se produzca posteriormente al acto novatorio, se vea reflejada contra el deudor primitivo. Esto último, desde luego, sin perjuicio de que expresamente se estipule que el acreedor se reserva el derecho de accionar contra el primitivo deudor, si el nuevo deudor cae posteriormente en insolvencia».

2137 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 338 y 339.

2138 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 466 y 467.

Y León Barandiarán agrega, estudiando el segundo supuesto, «[...] lo que importa es otra circunstancia fundamental, que sea causa directa de responsabilidad del delegante. Tal, la mala fe del mismo, consistente en el conocimiento que tuviera de la insolvencia del deudor».

Finalmente debemos señalar que la jurisprudencia nacional en la Casación n.º 941-05-Lima, de fecha 30 de octubre de 2006, ha establecido lo siguiente sobre el artículo bajo análisis, «En cuanto [...] [al] artículo mil doscientos ochenta y tres del Código Civil, que regula la intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación, esto es, que por la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, debe puntualizarse que la misma se trata de una disposición de carácter general que no solo admite pacto en contrario sino que, además, resulta inoperante cuando la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda. La Ley General de Sociedades no establece en el Título referido a la escisión, si procede o no la transmisión al nuevo deudor de las garantías otorgadas por terceros a favor del deudor primigenio, en consecuencia, el artículo mil doscientos ochenta y tres del Código Civil resultaría aplicable en el análisis supletoriamente».[2139]

2.7. El caso de los privilegios

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el tema que nos ocupa, debemos pronunciarnos sobre los privilegios.

Entendemos que los privilegios —jurídicamente hablando— son gracias o prerrogativas concedidas por la ley, que exceptúan o liberan a alguien de una carga o gravamen, o conceden una exención o prioridad de la que no gozan otros.

El artículo 1283 del Código Civil peruano no hace referencia a la extinción de los privilegios como uno de los efectos de la novación. Esta circunstancia determina que nos preguntemos si ellos se extinguen, necesariamente, con la novación, o si cabe el pacto en contrario.

Se trata de un tema sobre el cual la doctrina es lacónica.

Refiere Boffi Boggero[2140] que en cuanto a la posibilidad de que se mantenga el privilegio (instituto nacido de la ley) por decisión del acreedor, resulta difícil a la doctrina explicar la solución legal, habiéndose pensado más bien en razones de índole práctico que facilitan la operación, y dejan enteros e intactos los derechos de terceros; e incluso se ha apelado a la subrogación real, para explicar teóricamente la solución.

Por nuestra parte, consideramos que, al consignarse los privilegios en normas de carácter restrictivo, y para determinados supuestos, si éstos desaparecen

2139 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 951. [Texto correspondiente a la tercera edición]
2140 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 338 y 339.

(en nuestro caso, por extinción de la obligación), evidentemente aquéllos (los privilegios) seguirán igual suerte.

Afirmar lo contrario resultaría insostenible, toda vez que supondría la aplicación por analogía de la norma restrictiva que los otorga, lo que, como sabemos, no resulta posible en nuestro ordenamiento jurídico, en razón a lo establecido por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación de obligación simple por otra sujeta a condición suspensiva

Artículo 1284.- Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.

1. Fuentes nacionales del artículo 1284

En la legislación colonial, la Ley de las *Siete Partidas*, disponía en la Ley 15, Título XIV, Partida Quinta: «*Si la condición non se compliesse, entonce fincaria firme el primero pleyto, e seria tenudo de lo cumplir el debdor que lo auía fecho; e non valdria el renouamiento del segundo pleyto*». Y la Ley 16, Título XIV, Partida Quinta, agregaba que «*Fueras ende, si quando la renouasse assi dixesse paladinamente, que maguer non compliesse la condición que era puesta en el primero pleyto; que se obligaua a pagar la debda, este que de nueuo la prometió. Ca entonce, quier se compliesse la condición, o non, valdria el segundo pleyto, e seria tenudo de pagar la debda, el que lo fiziesse, e seria desatado el primero*».

El artículo 1284 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 ni en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 constituye el primer cuerpo normativo que reguló la materia, habiéndolo hecho en el artículo 3008: «Si la obligación primitiva es pura, y la nueva tiene condición suspensiva, o viceversa, no hay novación, mientras la condición no se cumple. Si la condición no se cumple, o si antes de cumplirse, se extingue la obligación primitiva, tampoco hay novación, salvo que al contraer la obligación posterior se convenga en que desde luego la anterior quede extinguida».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 abordó el tema en los artículos 260: «Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario»; y 261: «Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en los artículos 248: «Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario»; y 249: «Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, trataba la materia en su artículo 1282: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1293: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 preveía en su artículo 144 lo siguiente: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, hacía lo propio en el artículo 139: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, se ocupó del tema en el artículo 1302: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el artículo 1251: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura».

2. Análisis

2.1. Novación de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva

Según el artículo 1284 del Código Civil peruano, cuando una obligación pura y simple se sustituye por otra sujeta a condición suspensiva se configura un supuesto de novación objetiva. No obstante, el efecto extintivo-creador de obligaciones de dicha novación no se verifica en tanto la condición no se cumpla, ya que esta última afecta también a la novación.

ESTUDIO CAMPO CASTRO FIGARI

Debe recordarse que la condición supone un acontecimiento incierto y extraño a la esencia del acto jurídico, que, incorporado a éste, por acuerdo de partes, impide o resuelve su eficacia hasta su cumplimiento. La condición se perfila, así, como un elemento accidental que obsta la eficacia de un acto jurídico[2141].

De acuerdo con el artículo 1284, sólo habrá novación si se cumple la condición suspensiva a que se halla sujeta la nueva obligación.

A nuestro modo de ver, en este caso la novación es incierta en su eficacia mas no en su existencia[2142].

Como sabemos, uno de los requisitos de la novación es la creación de una nueva obligación que sustituye a otra preexistente[2143].

Cuando la nueva obligación se sujeta a una condición suspensiva, dicha exigencia es satisfecha. No obstante, la ley civil peruana considera que, si bien existe otra obligación, resulta razonable y equitativo que la novación opere sólo si la condición se cumple, esto es, si la nueva obligación es exigible, porque antes de tal cumplimiento ella es ineficaz.

Así las cosas, es claro que, si la condición se verifica, la novación origina efectos.

En atención a las normas que rigen la condición, precisa aclararse que una vez cumplida ésta la novación no surte efectos de manera retroactiva, esto es, a la fecha

2141 Fernando Vidal Ramírez (Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, pp. 363 y ss.) señala que la condición es un hecho futuro e incierto del cual las partes deciden hacer depender los efectos del acto jurídico que han celebrado.

Guillermo Lohmann (Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, pp. 292 y 293) afirma que tradicionalmente se ha enseñado como condición la determinación accesoria de voluntad que hace supeditar el nacimiento o extinción de los efectos de un negocio a un cierto acontecimiento futuro e incierto. Esta definición, sin embargo, no es satisfactoria, ya que por un lado no precisa que la condición puede repercutir en todos o algunos efectos típicos del negocio en cuestión o a los diseñados por los interesados y, de otro, para nada alude a la posibilidad de supeditar la producción o extinción de efectos a un evento subjetivamente incierto, ya ocurrido o en proceso de realización, pero desconocido para los agentes.

Por último, en opinión de Lohmann, dicha definición no describe el evento que hace insegura la eficacia o la resolución del negocio, pues también se designa por condición el hecho que imprime vigencia o fin a los efectos.

2142 Ello obedece a que la condición afecta la eficacia de un negocio jurídico y no su existencia. Al respecto, Guillermo Lohmann (*Ibidem*, p. 294) anota que consecuencia de esto es que el derecho existe desde la celebración del negocio, aunque con incerteza sobre su exigibilidad. El acreedor de la prestación es verdaderamente tal desde el principio. Si la condición se realiza, la acreencia se purifica y consolida; no es que la otra parte resulte deudora como consecuencia de haber ocurrido el evento condicionante, sino que lo fue desde el inicio, aunque sólo viene obligada a cumplir una vez producido el evento o suceso señalado como condición.

2143 Remitimos al lector a los comentarios que efectuamos con ocasión del análisis del artículo 1277 del Código Civil.

de su celebración. Ello, sin embargo, podría ocurrir si los contratantes prevén una disposición contraria a la regla consignada en el artículo 177 del Código Civil[2144].

De lo expuesto se infiere que la novación genera efectos desde la fecha en que se cumple la condición.

Por otro lado, señalamos que el artículo 1284 no es una norma imperativa que regule principios o valores de orden público. Por esta razón, el propio texto del precepto citado reconoce poder normativo a la voluntad privada, permitiendo el pacto en contrario[2145].

Cazeaux y Trigo Represas[2146] enseñan que las partes pueden acordar válidamente que la novación se tenga por operada independientemente del cumplimiento o fracaso de la condición, en cuyo caso la sustitución de una obligación por otra será definitiva cualquiera fuese la suerte ulterior del nuevo vínculo *sub conditione*.

La doctrina considera a este acuerdo novatorio como un contrato aleatorio, toda vez que se cambia algo cierto por algo incierto e hipotético.

En este sentido, Laurent[2147] anota que si la novación opera incluso cuando llegara a fracasar la condición, nos encontraríamos ante un contrato aleatorio en el que cada una de las partes puede ganar o perder, según se cumpla o no la condición.

Ahora bien, además del supuesto previsto por el artículo 1284 del Código Civil, que señala claramente que la sustitución de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva sólo genera efectos novatorios si se cumple la condición, existen otros casos, que seguidamente citamos, en que la nueva obligación tampoco produce tales efectos.

2.2. Cuando la condición suspensiva es ilícita

La ilicitud, dice Lohmann[2148], viene dada por contrariarse normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, o cuando la disposición sirva de medio para eludir la aplicación de normas imperativas (fraude a la ley). En tal sentido, son condiciones ilícitas las que se establezcan vulnerando normas imperativas contra las que no se admite el pacto en contrario, entre las que se encuentra aquélla que prohíbe estipular en contra de leyes de orden público o de las buenas costumbres.

2144 El artículo 177 del Código Civil prescribe que la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

2145 Cuando los contratantes estipulan la novación previendo una disposición en contrario a la norma analizada, el acuerdo novatorio producirá efectos con alcance retroactivo, esto es, a partir de la fecha de su celebración u otra que los contratantes hubiesen designado. Este, sin duda, constituirá un convenio de carácter aleatorio.

2146 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 251 y 252.

2147 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 267.

2148 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, p. 305.

Por ello, si un acreedor conviene con su deudor en novar la obligación pendiente de pago por otra, a condición de que este último secuestre a un tercero, por ejemplo, aun cuando se verifique la condición, no habrá novación.

2.3. Cuando la condición suspensiva es física o jurídicamente imposible

La condición presenta imposibilidad física cuando las leyes de la naturaleza impiden cumplirla. Ello ocurre, por ejemplo, si Pedro conviene con Carlos en novar su deuda por otra distinta a condición de que se produzca una tormenta de nieve en Lima.

De otro lado, la condición revestirá imposibilidad jurídica cuando, siendo físicamente posible, el medio empleado no es el previsto por el ordenamiento jurídico para obtener el fin que se desea: si A, por ejemplo, conviene con B en novar su deuda por otra, a condición de que B acepte en darse por adoptado en ese mismo instante.

Recuérdese que la imposibilidad puede ser total o parcial, sobreviniente o transitoria, objetiva o subjetiva, y que, en consecuencia, deberá analizarse en cada caso en particular.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios anotados al estudiar la teoría general de las obligaciones.

2.4. Cuando la condición, a pesar de verificarse, no se considera cumplida

Si la condición se hubiere verificado por la mala fe de quien se beneficia con su cumplimiento, aquélla se tendría por no cumplida, de suerte que si éste fuere el caso no habría novación.

2.5. Cuando la condición es potestativa

Según criterio generalizado en la legislación y doctrina, la condición potestativa determina la nulidad del acto cuando el cumplimiento de la condición depende de la persona a quien éste favorece.

En consecuencia, el acuerdo novatorio sería nulo si el acaecimiento de la condición a que se sujetó la nueva obligación depende únicamente de la voluntad del deudor.

En este sentido, el artículo 172 del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

2.6. Cuando la condición se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil)

Se trata de un supuesto consagrado en el segundo párrafo del artículo 174 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es muy común que cuando se establezca una condición ésta sea simple y única, por ende, una vez que se presente el hecho generador, la condición se tendrá por verificada. No obstante, nada impide que las partes puedan establecer que la condición conste de una serie de sucesos o hechos más o menos complejos, que deben suceder conjuntamente, para que se exija tal obligación.

En tal sentido, el Código Civil no toma en consideración la cualidad del hecho condicionante, sino la cualidad de la prestación condicionada. Esta última está referida al objeto mismo del acto, a las prestaciones que una de las partes deben a la otra cuando la condición se cumpla.

En síntesis, lo que tiene que entenderse, en principio, es que deben realizarse todos los sucesos presupuestos en la condición para que se le tenga por cumplida; salvo pacto en contrario.[2149]

2.7. Novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple

Se trata de otro supuesto contemplado por el artículo 1284 del Código Civil peruano.

Cuando analizamos los requisitos de la novación señalamos como uno de ellos a la preexistencia de una obligación válida. Esta exigencia se cumple aun si la obligación primigenia que se pretende novar se halla sujeta a una condición suspensiva. Por ello, la doctrina admite que puede novarse válidamente una obligación condicional por otra pura y simple.

En tal sentido, François Laurent[2150] afirma que se puede novar una deuda condicional, pues ésta existe.

Los Mazeaud[2151] señalan que una obligación condicional, aunque eventual, puede ser objeto de una novación si las partes han querido entregarse a una operación aleatoria.

Para Huc[2152], una obligación pura y simple puede novar una obligación condicional, pues existe dicha obligación. Pero agrega que si se cumple la condición ésta tiene efecto retroactivo, y si no se cumple, nunca hubo obligación y, por lo tanto, no hay novación.

Por nuestra parte, discrepamos de estas últimas expresiones, pues no auspician la novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple, sino hasta el momento en que se verifique la condición, lo que es erróneo, ya que en este caso la obligación existe y las partes, mediante una operación

2149 León Barandiarán Hart, José. «Indivisibilidad de la condición». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo I, p. 768.

2150 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 267.

2151 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 463.

2152 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 141 y 142.

aleatoria según los Mazeaud, la extinguen para dar paso a una obligación pura, con plena eficacia, que la sustituye de manera definitiva.

No obstante lo expuesto, el segundo parágrafo del artículo 1284 del Código Civil peruano dispone que si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura, sólo operaría la novación si se cumple la condición suspensiva, solución con la que definitivamente discrepamos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Novación de obligación y condición resolutoria

Artículo 1285.- Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura.

1. Fuentes nacionales del artículo 1285

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.

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 abordó el tema en los artículos 260: «Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario»; y 261: «Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en los artículos 248: «Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera, salvo estipulación en contrario»; y 249: «Tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera, salvo estipulación en contrario».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 prescribía en el artículo 1282 lo siguiente: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario»; mientras que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1233: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba la materia en su artículo 144: «Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe

ESTUDIO MANUEL AUGUSTO OLAECHEA FREYRE

Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 140: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 legislaba sobre la materia en el artículo 1303: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1252: «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.— Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura».

2. Análisis

Los casos de novación de obligaciones sujetas a condición resolutoria se rigen por el artículo 1285 del Código Civil peruano. Los supuestos son los siguientes:

2.1. Novación de obligación pura por otra sujeta a condición resolutoria

La sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria produce consecuencias novatorias, salvo estipulación distinta de los contratantes. Así lo establece el primer párrafo del artículo 1285[2153].

Una obligación sujeta a condición resolutoria tiene eficacia, es decir, constituye un derecho cierto. De allí el sentido de la norma a que nos estamos refiriendo. La condición resolutoria no obsta, en principio, para la eficacia del acto jurídico sujeto a ella. Sólo su acaecimiento determina el cese de eficacia del acto.

Coviello, citado por Vidal Ramírez[2154], expresa que cuando el negocio se sujeta a una condición resolutoria, él existe y produce todos los efectos de que es capaz hasta que la condición se realice.

Guillermo Lohmann[2155], a su turno, indica que bajo el nombre de condición resolutoria se designa a la determinación de voluntad consistente en el

2153 Adviértase que este precepto contempla reglas inversas a las previstas para la novación de obligaciones sujetas a condición suspensiva, porque las obligaciones sujetas a condición resolutoria no sólo existen, como aquéllas, sino que tienen eficacia plena hasta que se cumple la condición, lo que no sucede con las obligaciones sujetas a condición suspensiva.
Remitimos al lector, por lo tanto, a los comentarios efectuados con ocasión del análisis de los temas tratados por el artículo 1284 del Código Civil.

2154 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 357.

2155 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico. Op. cit.*, p. 303.

establecimiento de un evento que, en caso de suceder o de no suceder, tendrá como consecuencia que todos o parte de los efectos del negocio se extingan.

Vidal Ramírez[2156] señala que la condición es resolutoria cuando los efectos del acto se han producido y cesan al verificarse la condición.

Ahora bien, en virtud de lo establecido por el artículo 1285 del Código Civil, la novación opera a la fecha de su celebración y no a la fecha en que se cumple la condición[2157].

En tal sentido, cabe preguntarnos qué efectos produce el acaecimiento de la condición resolutoria sobre dicha novación. Atendiendo a los preceptos que rigen la condición, y a las reglas previstas por el artículo 1285, anotamos lo siguiente:

2.1.1. Si se estipula conforme a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil

Cuando los contratantes no prevén pacto en contrario a lo contemplado por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición no tiene eficacia retroactiva y, por lo tanto, su acaecimiento no modifica la situación jurídica anterior. Vale decir, el cumplimiento de la condición no afecta la novación estipulada.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando un acreedor conviene con su deudor en novar la obligación pendiente de pago por otra, a condición de que aquél (el acreedor) siga estando inafecto al régimen del Impuesto Selectivo al Consumo. Si la condición se verifica, por no hallarse el acreedor obligado al pago de dicho tributo, la eficacia de la novación subsiste.

Nótese que en el caso presentado las partes no hacen mención alguna sobre la retroactividad de la condición, ni pactan contra el artículo 1285.

Cabe observar, sin embargo, que Salvat[2158], en opinión discrepante, manifiesta que cuando la nueva obligación se hubiese contraído bajo condición resolutoria, y ésta llegase a cumplirse, la novación sería imposible y la primitiva obligación tendría que renacer. Vale decir, la obligación nueva se reputaría como si nunca hubiese existido, faltando, en consecuencia, uno de los requisitos esenciales de la novación.

En cuanto a la situación del acreedor, Salvat precisa que durante la pendencia de la condición él puede exigir el cumplimiento de la nueva obligación, pero si después se cumple la condición, tendrá que restituir lo que en virtud de

2156 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 358.

2157 Obsérvese que, si los contratantes estipulan la novación previendo una disposición en contrario al precepto bajo análisis, dicho acuerdo novatorio producirá efectos a partir de la fecha que los contratantes hubiesen designado.

2158 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, pp. 13 y 14.

ella hubiere percibido, sin perjuicio de su derecho de exigir la ejecución de la obligación anterior.

2.1.2. Si se pacta en contrario a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil

Cuando los contratantes prevén una disposición contraria a lo previsto por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición tendría eficacia retroactiva y, en consecuencia, su acaecimiento resolvería los efectos que venía produciendo la novación.

Sería el caso, por ejemplo, que acreedor y deudor acordaran novar la deuda por otra, a condición de que aquél (el acreedor) permanezca en el cargo de gerente de una sociedad anónima, estipulando, asimismo, la eficacia retroactiva de dicha condición. Si la condición se verifica, la novación se resuelve.

2.2. Novación de obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple

Cuando se sustituye una obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple opera la novación, salvo pacto en contrario.

En este supuesto se aplican iguales reglas a las expuestas, según lo previsto por el segundo parágrafo del artículo 1285.

A su turno, la jurisprudencia nacional[2159] ha resuelto que: «La condición a que hacen referencia los artículos 1284 y 1285 del Código Civil, es aquella modalidad del acto jurídico que regulan los artículos 171 a 177 del mismo cuerpo normativo, y constituye en doctrina elementos accidentales que son ajenos al acto jurídico pero que incorporados a éste, por voluntad de las partes, alteran los efectos del mismo; siendo la condición suspensiva aquella en que los efectos del acto dependen de la realización del evento puesto como condición, mientras que la resolutoria es aquella en que los efectos del acto cesan al verificarse el hecho puesto como condición».

Finalmente, debemos señalar que la sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria, o a la inversa, no produce consecuencias novatorias en los casos siguientes:

- Cuando la condición resolutoria es ilícita (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).
- Cuando la condición resolutoria es física o jurídicamente imposible (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).

2159 Casación n.º 2888-2003-Lima.

- Cuando la condición resolutoria, a pesar de verificarse, no se considera cumplida (artículo 176 del Código Civil)[2160].
- Cuando la condición resolutoria se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2160 El artículo en mención tiene por texto:
Artículo 176.- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.
Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Novación de obligación nula o anulable

Artículo 1286.- Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.

Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1286

El artículo 1286 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 ni en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en el artículo 3010: «Si la obligación anterior es nula, o se halla ya extinguida, el día en que la posterior es contraída, no hay novación»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en sus artículos 258: «La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba extinguida cuando la prestación fue contraída, no habrá novación»; y 259: «La obligación simplemente anulable puede ser confirmada por la novación».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 legislaba la materia en sus artículos 246: «La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba extinguida cuando la prestación fue contraída, no habrá novación»; y 247: «La obligación simplemente anulable puede ser confirmada por la novación»; mientras que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 1281: «La obligación simplemente anulable queda confirmada por la novación»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1292: «La obligación simplemente anulable queda confirmada por la novación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 143: «La novación queda sin efecto si no existía la obligación originaria.— Cuando la obligación originaria deriva de un título anulable, la novación es válida si el deudor ha asumido válidamente la nueva deuda conociendo el vicio del título originario»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 141: «Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.— Si la obligación primitiva fuera

FONDO EDITORIAL PUCP

anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 se ocupaba del particular en el artículo 1304: «Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.— Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1253: «Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.— Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación».

2. Análisis

El artículo 1286 del Código Civil peruano de 1984 se ocupa del tema de la nulidad y la anulabilidad de la obligación primitiva en la novación. Sin embargo, nuestro análisis no se circunscribirá a los supuestos contemplados en el referido artículo, pues también haremos referencia al caso de una obligación natural.

2.1. El caso de la novación de una obligación nula

Concordamos plenamente con la solución que otorga la citada norma al supuesto en que la obligación primitiva fuese nula, ya que la nulidad equivale a que ella nunca surgió para el Derecho y a la imposibilidad de origen de que surtiera efecto alguno; en suma, a su invalidez plena de origen. En tal sentido, una obligación nula, vale decir, que nunca ha surgido para el Derecho, no podría ser variada por otra nueva que la sustituya. La obligación nueva, de crearse, no tendría como finalidad sustituir a la anterior, por la sencilla razón de que no habría nada que sustituir.

Sin embargo, el lector debe reparar en el supuesto del primer párrafo del artículo 1286. Cuando en él se establece que no existe novación, se refiere a la hipótesis de que las partes hayan querido sustituir la obligación primitiva por una nueva, vale decir, que en el actuar de las mismas haya habido *animus novandi*.

Distinto sería el caso en que las propias partes que crearon la obligación primigenia (que era nula) se pusieran de acuerdo para crear una nueva obligación, sin ánimo de sustituir a la anterior. En este supuesto es obvio que no habría novación. Sólo se crearía una nueva obligación, allí donde no había obligación alguna. En tal hipótesis no ocurre que las partes hubieran deseado cambiar algo por nada; simplemente estarían dando nacimiento a una nueva relación jurídica que no tendría por función sustituir a alguna otra, sino sólo obligar a las partes entre sí.

Dentro de nuestra línea de pensamiento se encuentra el parecer de Levenhagen[2161], quien, al referirse al requisito de la existencia de la obligación anterior que

2161 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 148.

pasa a ser extinguida con la constitución de la nueva, la cual viene a sustituirla, señala que —justamente por incluir una sustitución—, evidentemente, no puede haber novación de obligación nula, pues sería lo mismo que dar validez a este tipo de obligaciones, lo que expresamente está vedado por la ley.

Sin embargo, no toda la doctrina consultada es del mismo parecer, pues hay autores que consideran que cabría la posibilidad de novar una obligación nula.

A decir de Colmo[2162], puede darse el supuesto de que la novación haya sido hecha con noticia de la nulidad (es decir, cuando ambas partes conocían de la existencia del vicio), y hasta por el único individuo que podía pedirla; y, de acuerdo con las expresiones de Colmo, no sólo cabría ver, según las circunstancias, una renuncia al pedido de tal nulidad, sino también una confirmación del acto, la que, como es sabido, puede ser tácita.

Para Colmo está claro que todo será asunto de prueba, y quien pretenda que no hay novación, tendrá que demostrar la nulidad de la obligación novada. Así, quien sostenga que hay novación deberá acreditar la renuncia a la acción de nulidad o la confirmación del acto nulo. En principio, según Colmo, la nulidad, que es una medida tan rigurosa (sobre todo si se quiere hacerla jugar retroactivamente y aun contra terceros), no se presume y por eso quien la invoque debe empezar por demostrarla sin dejar lugar a duda alguna.

2.2. El caso de la novación de una obligación anulable

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

Debe tenerse en cuenta que una obligación anulable no es nula, sino válida; y que sólo sería nula en el supuesto en que se recurriera a los tribunales para tal efecto y se anulara, es decir, se declarara nula, declaración que de acuerdo a lo establecido por el artículo 222 del Código Civil peruano se retrotrae al momento de su celebración, lo que equivale a considerar que siempre fue nula.

Pero no olvidemos que el acto anulable, en tanto no suceda alguna de las vicisitudes anotadas, es un acto válido. Como lo califica la doctrina, puede ser considerado un acto de validez actual y de invalidez pendiente, pudiendo darse el caso de que jamás se anule, con lo que siempre conservaría su validez.

Ello ocurriría si el acto nunca se llegara a anular dentro del plazo prescriptorio de dicha acción (pretensión), que es de dos años, de acuerdo con lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil peruano; o si planteada la acción de cumplimiento, el demandado no deduce la excepción de prescripción;

2162 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 518 y 519.

o, por último, si más bien el acto se confirma por el agente que incurrió en la causal de anulabilidad.

En estos casos dicho acto sería tan válido como cualquier otro, razón por la cual, si se produjese la novación de una de las obligaciones surgidas de él, ésta tendría validez plena.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 1286 que dicha validez dependerá de si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Consideramos, sin embargo, que, si el deudor no conociera la existencia del vicio, si bien en principio no tendría validez la novación, debería considerarse a dicha nueva obligación como válida, si es que ya hubiera vencido el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad del acto jurídico a la que hemos hecho referencia.

Sobre este tema, estimamos que no existen mayores problemas conceptuales, ya que —se trate de uno u otro supuesto— habrá que ceñirse a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil.

Dice Laurent[2163] que, a diferencia de la obligación inexistente o nula, la obligación anulable existe, el acreedor tiene una acción y la obligación produce todos sus efectos hasta que el deudor haya obtenido su anulación; y, además, si no se pide la anulación, se confirma la obligación nula y se vuelve plenamente válida, como si nunca hubiese estado contaminada por un vicio; de esto se deduce que se puede novar la obligación.

Pero Laurent se pregunta en qué se convertirá la novación si se anula la primera obligación, y señala que se supone que la obligación anulada no existió nunca, que entonces no hubo obligación primera, y que sin duda es imposible la novación.

Según Laurent, la aplicación de estos principios presenta una dificultad: la novación implica una renuncia, el acreedor renuncia a la primera obligación por medio de una nueva deuda; y en cuanto al deudor que acepta novar una deuda anulable, se pregunta si no renuncia él a valerse de la nulidad que contaminó a la primera obligación. Refiere Laurent que, en este caso, la novación sería entonces una confirmación y nada impide a las partes interesadas confirmar una obligación nula.

Cuando la novación es objetiva —añade Laurent—, estos principios se aplican sin dificultad; el deudor sigue siendo el mismo, y al contraer una nueva obligación sustituta de la primera, él confirma ésta, por supuesto siempre y cuando las condiciones requeridas para la confirmación existan. Es preciso que el deudor conozca del vicio y que tenga la intención de repararlo; es preciso aun que se haga la confirmación en un momento en que se podía eliminar el vicio por medio de la confirmación; y agrega que el artículo 1338 del Código francés está muy mal redactado porque parece confundir el acto confirmativo con la confirmación.

2163 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, pp. 265 y ss.

El artículo 1338 es aplicable sólo cuando las partes actúen teniendo por objeto principal y único el confirmar una obligación nula, mientras que cuando hacen la novación tienen por objeto sustituir una deuda anterior que se extinguió por una nueva deuda. De esta forma, la novación implica confirmación, es una confirmación tácita; lo que excluye la aplicación del artículo 1338 con respecto a las formas del acto confirmativo.

2.3. Eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable

Afirman los Mazeaud[2164] que la novación no produce efecto, y, por consiguiente, la primera obligación no se extingue en tanto que la nueva obligación no llegue a nacer. Se precisa, pues, que la obligación creada sea válida. Sin embargo, los autores discuten acerca de la validez de la novación cuando las partes tengan conocimiento de la nulidad relativa de la nueva obligación. Al respecto, expresan los Mazeaud, un sector de la doctrina estima que la novación tendría entonces un carácter aleatorio, pero sería válida.

Para Huc[2165], en el supuesto de que las partes se encontraran ante una obligación anulable y estuviesen considerando o evaluando las oportunidades de anulación que la amenazan, habiendo dejado constancia de tales consideraciones en el acto novatorio, entonces, de conformidad con la propia voluntad de las partes contratantes, la novación tendría carácter aleatorio y seguiría siendo válida, aun cuando se anulara más tarde la obligación; sin embargo, todas estas soluciones se derivan de aplicar los principios generales y no las normas particulares de la novación.

En opinión nuestra, el eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable dependerá de si se trata de una novación objetiva o subjetiva.

En el caso de la novación objetiva, al ser las mismas partes las que han creado la obligación primigenia y han recurrido a novarla, se produciría un supuesto de confirmación del acto anulable, razón por la cual el acto novatorio no tendría —en lo absoluto— rasgos de aleatoriedad.

Distinto sería el caso de una novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor, en la medida en que la parte de la obligación originaria que tenía derecho a anular el acto no participe de la creación de la nueva obligación. Este supuesto no podría presentarse en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, ya que en ella se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (argumento del artículo 1280 del Código Civil); así como tampoco en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (argumento del artículo 1282).

2164 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen II, p. 463.
2165 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 140 y 141.

En cambio, sí se podría presentar en el supuesto de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la que, como sabemos, puede efectuarse no sólo contra la voluntad del deudor primitivo (argumento del artículo 1282 del Código Civil), sino también con desconocimiento de dicho deudor.

2.4. El caso de la novación de una obligación natural

El tema de la novación de una obligación natural por una obligación civil no siempre ha estado claro en doctrina.

En tal sentido, estima Laurent[2166] que resulta conveniente citar una opinión que prueba cuánta incertidumbre hubo en esta materia: Marcadé dijo que la novación es válida desde que el nuevo deudor obra con conocimiento de causa; él sabe que la deuda es anulable; pero, sin embargo, una deuda anulable vale como obligación natural y una obligación natural puede ser objeto de novación.

Refiere Laurent que, suponiendo que se pueda novar una deuda natural, faltaría saber si una deuda anulable es una deuda natural; interrogante que contesta negativamente, porque la deuda anulable es una obligación civil y, como tal, válida en tanto no se pronuncie su nulidad. Entonces se pregunta Laurent si se dirá que una obligación civil es una obligación natural, y responde que, si se anula la obligación, se supone —jurídicamente hablando— que nunca existió, por lo que queda claro que la nada no es una deuda natural, e incluso puede llegarse a novar una obligación anulable, en tanto no se haya declarado su nulidad.

Resulta importante, por lo demás, precisar que no habrá problema alguno —tal como lo manifestamos oportunamente— en novar una obligación natural por otra (claro está, de carácter civil). Al fin y al cabo, se trata del cambio de una obligación por otra distinta, ya que la obligación natural no deja de ser obligación, con la única restricción de que pierde el rasgo de exigibilidad[2167].

2166 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, pp. 266 y ss.

2167 A decir de Alfredo Colmo (Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 518 y 519), es dable sentar determinadas reglas para el caso de novación de una obligación natural.
El citado profesor anota las siguientes pautas: 1° la novación de una obligación natural es, en principio, válida; 2° quien pretenda lo contrario deberá demostrar su error, en cuya virtud creyó que se trataba de una obligación civil; 3° cuando el que nova es un tercero, puede servir como elemento de interpretación, aparte de las circunstancias propias de cada caso, el que se contiene en el valor de la nueva obligación, el mismo que si corresponde, poco más o poco menos, al de la anterior, inducirá a la convicción de que se ha considerado a ésta como válida o civil, y que si es de una desproporción evidente al respecto, hará suponer que el tercero ha tenido en cuenta el álea o albur de que el deudor pudiera alegar la invalidez de su obligación natural, por donde la causa de la novación no vendría a estar en la obligación anterior sino en ese álea, y en tal caso la novación debería subsistir contra todo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nulidad o anulación de la nueva obligación. Consecuencias

Artículo 1287.- Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

1. Fuentes nacionales del artículo 1287

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 abordaba el tema en su artículo 149: «Si la obligación asumida por el nuevo deudor frente al acreedor es declarada nula o anulada, la obligación del deudor originario revive, pero el acreedor no puede valerse de las garantías prestadas por terceros»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 142: «Si la nueva obligación se declara nula o anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1305: «Si la nueva obligación se declara nula o anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1254: «Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros».

2. Análisis

Creemos necesario que este tema se estudie distinguiendo los supuestos previstos por el artículo 1287 del Código Civil peruano.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. En primer lugar, el Código Civil establece que, si la nueva obligación se declarase nula, la primitiva obligación «revive»

Como enseña Laurent[2168], cuando la segunda obligación es inexistente, no hay novación. La cuestión se puede presentar cuando la segunda obligación tiene una causa ilícita, o cuando el deudor no la consintió.

Recuerda Laurent que la Corte de Poitiers aplicó este principio en un caso en que, al parecer de Laurent, la nueva obligación no era inexistente, pues había sido suscrita por una persona que más tarde fue incapacitada, en una época en que las causas de inhabilitación existían notoriamente. La sentencia dice que esta obligación está azotada por una nulidad radical, por la falta de un consentimiento válido, lo que no es exacto. Precisa Laurent que la ausencia del consentimiento determina que la obligación sea inexistente y se pregunta cuándo se podrá decir que el deudor alienado no consiente y cuándo se prueba que él se encuentra en estado de alienación mental en el momento en que suscribió el convenio. En el caso simplemente se atacaba el acto como si se hubiese hecho en una época en la que existía notoriamente la causa de inhabilitación, pero no por ausencia de consentimiento. Entonces se trataba de una obligación simplemente anulable, y una obligación similar, en principio, puede ser novada.

Para los Mazeaud[2169] debe ser válida la obligación nueva, porque una obligación atacada de nulidad absoluta no podría constituir objeto de una novación, ya que no habría creación de una nueva obligación.

Colmo[2170], por su parte, afirma que, si la nueva obligación es nula, por aplicación de lo dispuesto en la ley, la novación no se habrá producido y la anterior obligación seguirá subsistiendo.

El supuesto del artículo 1287 del Código Civil es que la obligación originaria fuese válida y que se le novara por una obligación que adoleciera de vicio de nulidad absoluta. En tal caso, siguiendo con el razonamiento que aducimos al referirnos al artículo 1286 del Código Civil, diríamos que se pretendería cambiar algo por nada, razón por la cual se entiende que no se habría producido novación alguna.

Sin embargo, no es, como señala el Código, que la obligación primigenia «reviva», sino más bien que «nunca murió», ya que la segunda obligación, al ser nula, no fue capaz de «matarla» y de operar una novación, razón por la cual el empleo del término «revive» podría prestarse a confusiones.

Consideramos necesario precisar que la palabra «revive» utilizada por el Código Civil es una de uso común, mas no técnico, razón por la cual sugeriríamos

2168 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, pp. 268 y 269.
2169 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen ii, p. 463.
2170 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 520.

usar la expresión «seguirá surtiendo sus efectos», pues de ello se trata justamente el problema[2171].

2.2. Luego, el Código Civil prescribe que, si la nueva obligación se anulase, la primitiva obligación «revive»

Según Laurent[2172] si existe una obligación anulable, entonces hay novación; pues si no se pide la nulidad de la segunda obligación, no hay ninguna duda de que será plenamente válida, así como la novación[2173].

Sin embargo, Laurent se pregunta en qué se convierte la novación cuando se anula la nueva obligación, y también se pregunta si es necesario aplicar el principio por el cual se supone que el acto anulado nunca existió, lo que implicaría la nulidad de la novación. Estima el citado jurista que la pregunta presenta serias dificultades; los mejores autores dudan en esto y Aubry y Rau, en una última edición de su obra, abandonaron la opinión que habían enseñado en sus ediciones anteriores, siéndoles preciso distinguir las diversas especies de novación[2174].

2171 Dentro de esta misma línea de pensamiento se pronuncia Juan Espinoza Espinoza (Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial. Op. cit.*, p. 14), al señalar que «Para que el acto jurídico nulo deje de tener efectos jurídicos debe ser declarado como tal judicialmente. Es más, si después de diez años nadie invoca su nulidad, la acción (tal como recita el Código Civil) prescribe. En verdad, el acto jurídico nulo nace vivo y coleando, y sí produce efectos jurídicos, lo que sucede es que estos son de naturaleza precaria».

2172 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, pp. 269 y ss.

2173 Laurent advierte que en el Derecho francés es esta una de las diferencias entre la nulidad y la no existencia de un acto, no siendo necesario pedir la nulidad de una obligación inexistente. Añade que ni siquiera se la puede pedir, pues sería solicitar la nulidad de la nada; la obligación no tiene efecto, y no puede tener ninguno; y por lo tanto, una obligación es inexistente con pleno derecho mientras que no hay nulidad en pleno derecho.

2174 Si la novación —refiere Laurent— se produce por el cambio de objeto, es el mismo deudor el que contrae la nueva obligación y el que puede pedir la anulación, y se pregunta, por lo tanto, si caerá la novación con la nueva obligación que debía reemplazar a la antigua. Señala Laurent que se podría creer que subsiste la novación porque toda novación implica una renuncia; ahora bien, la renuncia es pura y simple, y no está subordinada a la validez de la nueva obligación; por lo tanto, se puede decir que la renuncia y, en consecuencia, la novación, subsisten, a pesar de la anulación de la nueva obligación. Laurent cree, sin embargo, que esta argumentación es demasiado absoluta, pues, sin duda, el acreedor que consiente en novar su crédito, renuncia a él; y, no obstante, se pregunta si esta renuncia es pura y simple.
Si es pura y simple sería una entrega, una liberalidad, mientras que la novación es un acto a título oneroso; y si el acreedor renuncia a su primera obligación, es por medio de la segunda que se la sustituye, pues toda novación implica, por lo tanto, una condición: la primera deuda se extingue sólo con la condición de ser reemplazada por una segunda faltando saber si se puede admitir que el acreedor renuncie a una obligación válida para sustituirla por una obligación nula. Estima Laurent que ésta es una cuestión de intención, como toda renuncia; no habiendo renuncia sin la voluntad de renunciar; y para que se admita que el acreedor haya renunciado a una obligación válida por medio de una obligación nula, ante todo es necesario que el acreedor sepa del vicio que infecta a la segunda obligación. Si él lo ignora, al menos en general, no se puede decir que él tuvo la intención de renunciar.
Añade Laurent que hay un vicio en su renuncia, que está contaminada por error: por tanto, él podrá pedir la nulidad de la renuncia y —en consecuencia— de la novación, probando que él

Según Alfredo Colmo[2175], si la obligación es anulable, la novación lo será también y en los mismos términos; de ahí que mientras no se declare esa nulidad, la novación subsista.

Por nuestra parte, consideramos necesario formular ciertas precisiones.

Si la segunda obligación fuese anulable, sí habría operado novación, ya que la obligación anulable no es nula, sino actualmente válida y sólo sufre de una invalidez pendiente. Lo que ocurre —y ahí apunta el precepto bajo comentario— es que dicha segunda obligación, anulable, sea declarada nula. Ante tal supuesto, al ya no existir para el Derecho ninguna segunda obligación, es que la ley determina que la primigenia obligación «revive». En este caso sí estaría bien empleado el término «revive» (aunque no es una expresión propia del Derecho de Obligaciones), ya que, al ser inicialmente válida, la obligación anulable en un momento «mató» a la obligación primigenia, la que «revivirá» si es que la segunda obligación es anulada judicialmente.

consintió la novación por error, que no lo habría hecho si él hubiese sabido del vicio que anula a la nueva obligación.

Según Laurent, se presenta aún una dificultad de hecho. Si se prueba que el acreedor sabía antes de la novación de los vicios de la nueva obligación, la novación sería válida porque el acreedor renunció con conocimiento de causa; y él no podría atentar contra la renuncia, pues no estaría viciada; de tal modo que subsistiría la novación, incluso cuando se anulara la segunda obligación. Se dirá que la cuestión es ociosa: ¿dónde está el acreedor que renunciará a una obligación válida para sustituirla por una obligación nula? Considera Laurent que es cierto que esto no se concibe en la novación objetiva; pero ello se puede producir cuando hay novación por la sustitución de un nuevo deudor que es incapaz; el acreedor sabía de su incapacidad; y, sin embargo, el primer deudor era insolvente, mientras que el segundo era solvente; en este caso, el acreedor tiene interés por novar una obligación válida contra una nula, pues por lo menos tendría una oportunidad de que se le pague si el nuevo deudor no pide la nulidad de su obligación.

Pero Laurent considera que el verdadero nudo del problema estriba en qué se deberá probar.

Estima Laurent que en una opinión general se dice que basta con que la segunda obligación sea nula para que implique la nulidad de la novación, suponiendo que el acreedor haya ignorado la causa de nulidad; en esta opinión, se presume que el acreedor aceptó la novación sólo porque ignoraba el vicio que anula la nueva obligación; y entonces no hay nada que probar. Para Laurent, el acreedor que pide la nulidad de la novación debe probar que se vició su renuncia por un error en el que él se encontraba; y no basta que la segunda obligación sea nula para que por esto se presuma el error. Con presunción legal —según Laurent—, no hay nada. Además, las presunciones de hecho serían admisibles con muy poca frecuencia.

Por consiguiente —a decir de Laurent—, se queda bajo el dominio del Derecho en cuanto a la prueba: al acreedor que demanda la nulidad corresponde probar que la novación se vició por error; en primer lugar, es preciso que él pruebe que ignoraba el vicio de la nueva obligación; y luego, debe probar que esta ignorancia vició su consentimiento. La prueba será más o menos difícil, según la causa de nulidad. En cuanto a los vicios del consentimiento que anulan la segunda obligación, estima Laurent que el juez admitirá con facilidad la prueba de que el acreedor no habría aceptado la novación si los hubiera conocido, pues la prueba consiste en el interés que puede tener el acreedor en novar una obligación válida por una obligación nula; ahora bien, advierte que no se percibe cuál es el interés que él podría tener para sustituir una obligación válida por una obligación nula, mientras que él podría interesarse si la nueva obligación es nula por causa de incapacidad.

2175 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 520.

Para concluir, debemos señalar que el artículo 1287 del Código peruano agrega, en su parte final, que a pesar de que «reviva» la obligación primigenia, el acreedor no podría valerse de las garantías prestadas por terceros. De esto último se infiere que el acreedor sí podría valerse de las garantías otorgadas por el propio deudor.

En consecuencia, una vez producida la novación, el tercero ex garante se desentendería de la nueva obligación (la que no está garantizando), pues resultaría injusto que dicho tercero estuviera permanentemente sometido a lo que ocurra en el futuro con la nueva obligación (por ejemplo, que se declare nula), como también resultaría injusto que, si la anterior obligación recobra sus efectos, porque la nueva se anula, se obligue al ex garante a continuar garantizando dicha obligación. El Derecho entiende que su relación con el deudor terminó al producirse la novación, aunque después la nueva obligación se declare nula o sea anulada, ya que en ella no intervino el garante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Compensación
(Artículos 1288 al 1294)

Consideraciones generales
1. Fuentes nacionales del artículo 1288
2. Análisis

Compensación bilateral
1. Fuentes nacionales del artículo 1289
2. Análisis

Prohibición de la compensación
1. Fuentes nacionales del artículo 1290
2. Análisis

Oponibilidad de la compensación por el garante
1. Fuentes nacionales del artículo 1291
2. Análisis

Oponibilidad de compensación al cedido
1. Fuentes nacionales del artículo 1292
2. Análisis

Imputación legal de compensación
1. Fuentes nacionales del artículo 1293
2. Análisis

Intangibilidad de los derechos adquiridos por efectos de la compensación
1. Fuentes nacionales del artículo 1294
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO IV
COMPENSACIÓN

Consideraciones generales

Artículo 1288.- 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. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

1. Fuentes nacionales del artículo 1288

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 20, Título XIV, Partida Quinta, estatuía lo siguiente «*Compensación es otra manera de pagamiento, por que se desata la obligación de la debda, que un ome deue a otro: e compensatio en latin tanto quiere dezir en romance, como descontar un debdo por otro*»; en tanto que la Ley 21, Título XIV, Partida Quinta, establecía «*Descontarse pueden en manera de compensacion, todas las debdas que son de cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, fasta en aquella quantia que el un debdor deuiere al otro*».

El artículo 1288 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 abordaba el tema en los artículos 884: «Compensación es una especie de pago por el que se desata y quita la obligación de una deuda por otra entre dos sujetos, que son a un mismo tiempo acreedores y deudores»; 885: «Cuando dos personas son deudoras la una de la otra, se hace entre ellas una compensación que extingue las deudas, de la manera y en los casos que se van a aplicar»; 886: «Se hace la compensación por sólo la fuerza de la ley aun sin consentimiento de los deudores, y las deudas se extinguen recíprocamente hasta el monto de las respectivas cuotas, desde que ellas existen juntas»; y 887: «Para que la compensación tenga lugar, es menester, que las deudas tengan por objeto, o una suma de dinero, o una cantidad igualmente líquidas y exigibles. Los empréstitos de granos o de géneros sobre los que no se ha movido pleito, y cuyo precio está arreglado por la autoridad pública, pueden comenzarse con sumas líquidas y exigibles».

ESTUDIO DE ARTURO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de 1852 hacía lo propio en sus artículos 2252: «La compensación es el descuento de una deuda por otra, entre dos sujetos recíprocamente acreedores»; 2253: «La compensación se verifica, por el ministerio de la ley, desde el instante en que coexisten ambas deudas»; y 2254: «Para que se verifique la compensación, se requiere que las cantidades sean líquidas y exigibles».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba la materia en los artículos 2982: «Compensación es la extinción total o parcial de las deudas entre personas que llegan a ser recíprocamente acreedoras»; 2983: «Para que haya compensación se requiere: 1º Que las deudas sean de dinero, o de cosas fungibles de la misma especie y calidad; y 2º Que, al tiempo de la compensación, las cantidades debidas sean líquidas y exigibles.— También puede compensarse una especie con otra no fungible, siempre que ambas tengan su respectivo precio, fijado por la ley, por el Juez, o por convenio de los interesados»; y 2984: «Desde la fecha en que dos personas tienen deudas con los requisitos del artículo 2983, quedan éstas compensadas, *ipso iure*, hasta donde alcance la menor de ellas».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en su artículo 262: «Por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que coexistan y hayan sido opuestos el uno al otro». El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, se ocupaba del tema en sus artículos 250: «Por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que coexisten y hayan sido opuestos el uno al otro»; y 252: «Para que se verifique la compensación, se requiere que las deudas sean exigibles».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, consignaba en el artículo 1283 lo siguiente: «Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo»; mientras que el Código Civil de 1936 hacía lo propio en el artículo 1294: «Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo».

Dentro del 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 151: «Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, siempre que hayan sido opuestas la una a la otra. La declaración de compensación funciona retroactivamente»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 143: «Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1306: «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. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1255: «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. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo».

2. Análisis

2.1. Conceptos generales

Uno de los medios extintivos de obligaciones con mayor incidencia práctica es la compensación.

Cuando un deudor tiene un crédito contra su acreedor es posible, en la medida en que se cumplan los requerimientos exigidos por la ley, que obtenga su liberación oponiendo a éste la extinción de ambos créditos por compensación.

La palabra compensación proviene del vocablo latino *compensare*, que a su vez se deriva de *pensare cum*, que significa «pesar con», en el sentido de balancear una deuda con otra. Por ello, en el *Digesto* 16.2.1., Modestino define a la compensación como la contribución o equilibrio entre un crédito y una deuda (*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*).

Giorgi, citado por Cazeaux y Trigo Represas[2176], refiere que cuando una persona es deudora y acreedora a un mismo tiempo de otra, pone por así decirlo en los platillos de la balanza, en uno la deuda y en el otro el crédito, y si los encuentra de igual peso ofrece a la parte contraria o pide al juez que considere ambos extinguidos, el uno con el otro, en virtud de la compensación.

Moisset de Espanés[2177] sostiene que la compensación consiste en la extinción de las obligaciones respectivas, hasta el límite del monto de la menor, cuando dos personas asumen recíprocamente, por derecho propio, las calidades de acreedor y deudor.

En opinión nuestra, la compensación es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y

2176 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 291.

2177 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 74.

acreedora de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el Código Civil peruano califica, adicionalmente, como homogéneos, cuyo valor puede ser idéntico o no[2178]. Así, por ejemplo, si Pablo le debe a José cien mil soles, pero a su vez Pablo es acreedor de José por igual cantidad, y la compensación opera, la deuda de Pablo y la deuda de José se extinguen íntegramente. Empero, si Pablo fuese acreedor de José por una cantidad menor (sesenta mil soles, por ejemplo), cuando la compensación se verifica la deuda de Pablo se entiende extinguida por sesenta mil soles, mas subsistente por el saldo no compensado, esto es por cuarenta mil soles.

Se trata, en suma, de lo que numerosos autores consideran —sin que sea esta nuestra opinión— como un doble pago abreviado, que evita el doble desplazamiento de numerario o de otros bienes. Como luego lo expresamos, la compensación a lo sumo podría considerarse un pago ficticio. La compensación, además, cumple una relevante función de garantía, como posteriormente se explicará.

La compensación, según Salvat[2179], en el sentido lato de la palabra, es el balance entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente, si ambas son de igual valor, o sólo hasta donde alcance la menor, cuando ellas son de un valor diferente.

Jacques Dupichot[2180] señala que cuando el deudor se convierte en acreedor de su propio acreedor, las dos obligaciones se compensan; la más débil se extingue, y la otra disminuye en cantidad hasta la concurrencia de la deuda.

2178 La Corte Suprema del Perú, en la Casación n.º 2842- 2008-Lima, de fecha 15 de julio de 2009, ha definido la compensación de la siguiente manera, «*Cuarto.* La compensación es uno de los medios extintivos de las obligaciones, la doctrina autorizada señala al respecto que "cuando una persona es deudora y acreedora a un mismo tiempo de otra, pone por así decirlo en los platillos de la balanza, en uno la deuda y en el otro el crédito y si los encuentra de igual peso ofrece a la parte contraria o pide al Juez considere ambos extinguidos, el uno con el otro, en virtud de la compensación" [Giorgi]. Para que las obligaciones se extingan por compensación es necesaria la concurrencia de los requisitos que la ley civil exige, tales como: a. Que las obligaciones sean recíprocas, es decir la compensación opera en tanto cada uno de los sujetos de la relación obligatoria ocupa simultáneamente la parte acreedora respecto de uno o más créditos y la parte deudora en relación a otro u otros créditos; b. Que las obligaciones sean líquidas, es decir cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de su objeto. En ese sentido, "la liquidez de una deuda resulta de la certidumbre de su existencia y su cuantía. Aclarando el concepto, precisa que una deuda es cierta en cuanto a su existencia cuando no es discutida en juicio y es cierta respecto de su cuantía cuando se sabe a cuánto asciende sin necesidad de liquidaciones previas. Y añade, en otros términos, que una deuda es líquida cuando de manera explícita y clara se sabe qué, cuánto y cómo se debe"; c. Que las obligaciones sean exigibles, que se traduce en la facultad del acreedor a requerir al deudor en la vía judicial o extrajudicial el cumplimiento de la obligación a su cargo; y d. Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas, lo que importa que ambas deudas deban referirse a bienes u objetos fungibles entre sí y respecto a la homogeneidad, implica que exista equivalencia de calidad entre los objetos de ambas pretensiones».

2179 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.,* tomo III, p. 85.

2180 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 120.

Para Josserand[2181], la compensación puede definirse como la extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas coexistentes en sentido inverso entre las mismas personas.

A decir de Levengahen[2182], cuando dos personas fueran mutuamente deudoras y acreedoras, no habrá necesidad de que una pague a la otra lo que le debe, pues las deudas recíprocas se extinguen. Siendo una de las deudas mayor que la otra, la extinción recíproca se hará hasta el límite de la menor, permaneciendo lo restante como única deuda existente. Si las deudas fueran iguales se extinguen las dos obligaciones recíprocas totalmente.

Los tratadistas citados se refieren, sin embargo, a dos obligaciones recíprocas. Pero pueden ser más. Nada se opone, en efecto, a que la compensación opere, en la medida de que exista reciprocidad, cuando se trate de tres, cuatro o más obligaciones. Así, por ejemplo, si María le debe a Gustavo cien mil soles, pero María, a su vez, es acreedora de Gustavo en cinco obligaciones distintas de veinte mil soles, cada una, la compensación extinguiría seis obligaciones. Y si en el mismo ejemplo propuesto María fuera acreedora de Gustavo en cuatro obligaciones de veinte mil soles cada una, se extinguirían estas cuatro obligaciones y María continuaría como deudora de Gustavo, pero sólo por la diferencia de veinte mil soles.

El Código Civil peruano de 1984 regula en el artículo 1288 la compensación como un medio extintivo de obligaciones. En este sentido, resulta de interés precisar la manera en que esta figura puede catalogarse, conforme a los diversos criterios clasificatorios que hemos estudiado anteriormente.

De acuerdo con sus efectos, la compensación puede considerarse, en algunos casos, como un medio extintivo en estricto (en el sentido de que importa la desaparición de las obligaciones), y en otros como un medio extintivo parcial.

Conviene observar que cuando la cuantía de las prestaciones recíprocas es idéntica y la compensación se verifica, tales obligaciones se extinguen totalmente. De allí que esta figura pueda catalogarse como un medio extintivo en estricto. Sin embargo, cuando el valor de las prestaciones recíprocas es diverso, la deuda o deudas de mayor valor se extinguen parcialmente, hasta donde alcance la menor o las menores, de suerte que la compensación parcial constituye tan sólo un medio extintivo parcial.

Según las partes que intervienen, la compensación puede clasificarse como un medio extintivo de las obligaciones unilateral o bilateral, de acuerdo con el tipo de compensación de que se trate.

Como es conocido, la compensación puede ser unilateral o convencional. En el primer caso la compensación opera a instancia de parte, esto es, sin que se

2181 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 719.
2182 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 154.

requiera del asentimiento de la contraparte —vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley—. En tanto que, en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

Cabe advertir, sin embargo, que estas últimas características son propias del Derecho peruano y de numerosas legislaciones modernas, pues en otras la compensación opera de pleno derecho por la simple coexistencia de obligaciones recíprocas, sin intervención de la voluntad. Esta materia, de rasgos trascendentales, será luego analizada con pulcritud.

Por la intervención de la voluntad humana, la compensación constituye un medio voluntario extintivo de obligaciones, por considerar que su eficacia se produce o a instancia de parte o en virtud del acuerdo entre los contratantes, como ocurre en la legislación peruana. Ella opera en el Perú de pleno derecho en casos singulares, ajenos a la ley civil; por ejemplo, en las cuentas corrientes mercantiles y bancarias, las cuales, por cierto, tienen sus propias modalidades.

De acuerdo con el criterio clasificatorio de la normalidad, la figura bajo análisis se perfila como un medio normal de extinción de obligaciones, toda vez que se encuentra regulada por el Código Civil como una de las vías extintivas de obligaciones.

Según la satisfacción del interés del acreedor, la compensación es un medio satisfactorio, ya que el cumplimiento de la prestación debida —aunque ficto— satisface dicho interés.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2183], la compensación es un medio satisfactorio para ambas partes, por cuanto cada uno de los acreedores-deudores sustituye la ventaja de no deber la prestación prometida, por el beneficio de recibir aquello de lo que era acreedor.

Por su idoneidad, la compensación puede ser catalogada como un medio no ideal de extinción de obligaciones, toda vez que, según el parecer mayoritario de la doctrina consultada, importa un cumplimiento ficto[2184].

Al respecto, deben hacerse algunas precisiones.

Se dice que la compensación supone un cumplimiento ficto de la prestación debida, por cuanto el deudor extingue su deuda con lo que su acreedor le debe. Esto es, que en la compensación cada contratante paga con lo que la otra parte le adeuda, de suerte que no hay desplazamiento o entrega de bien alguno o, muy ocasionalmente, la ejecución del hecho.

2183 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 292.

2184 Esto es así, tratándose de la compensación de carácter civil, ya que la compensación en las cuentas corrientes reviste, como hemos señalado, ciertas particularidades.

Según Alterini, Ameal y López Cabana[2185], por la compensación se obvia la materialidad de las entregas respectivas, es decir, se evita el transporte de las cosas incluidas en la prestación, de modo que cada acreedor satisface su interés mediante la liberación de su deuda. Aclaran los profesores citados que la ley se hace cargo de la inutilidad que resultaría de imponer a uno de los sujetos el cumplimiento de su propia obligación, para recibir, a su turno, el cumplimiento de la otra, disponiendo la extinción —hasta la concurrencia del monto de la menor— de las dos obligaciones recíprocas, sin necesidad de que se cumplan ambas prestaciones.

A nuestro modo de ver, ello es así por razones de seguridad, eficiencia y equidad.

Parece justo y más eficiente que si un acreedor debe a su propio deudor, en vez de requerir el cumplimiento de la prestación que se le adeuda, considere extinguido su crédito a cambio de que su deudor realice lo propio, aceptando por cumplida la obligación que aquél le debe[2186].

Lo contrario supondría asumir un riesgo innecesario e incurrir en costos adicionales.

Nótese que, si un acreedor no optase por compensar las deudas recíprocas, debe requerir el pago a su deudor e incurrir, por tanto, en costos y riesgos. Costos, en la medida en que el cobro de una deuda importa —cuanto menos— tiempo, energías y los gastos que suponen llamadas telefónicas, correos electrónicos, remisión de cartas notariales, etcétera, y con frecuencia onerosos procesos judiciales. Y, además, riesgos, toda vez que luego de efectuado el pago es posible el incumplimiento del deudor recíproco.

En efecto, de no existir la compensación, el acreedor continuaría obligado a cumplir con la prestación que adeuda. En este caso, aun si el acreedor fuera quien primero pagase, no evitaría el riesgo de un eventual incumplimiento, ya que su deudor bien podría dar a los bienes entregados un destino diverso al pago al que estaba obligado con tal acreedor.

La compensación evita todo ello. Por tal razón, no son pocos los autores que reconocen en la figura bajo análisis una función de garantía y un mecanismo que facilita las relaciones entre acreedor y deudor al simplificar dos operaciones en una sola, posición, desde luego, a la que nos adherimos incondicionalmente.

2185 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 297.

2186 En opinión de Valencia Zea (Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 445), la compensación responde a principios de equidad de inmediata evidencia, pues es justo que, si una persona debe a otra, pueda oponerse al pago de tal deuda si a su vez la primera es acreedora de la segunda y ésta no ha cumplido con pagarle, o aún más, puede pagarse ella misma con el crédito que tiene contra esa persona de la que es acreedora.

Bajo esta perspectiva, Salvat[2187] señala que no sería justo ni equitativo, cuando una persona es a la vez deudora y acreedora de otra, obligarla a pagar para que después cobre lo que se le debe; el acreedor podría percibir su dinero, gastarlo y hasta caer en insolvencia, con demoras y perjuicios evidentes para su ex deudor que le pagó y quién sabe si podrá cobrar lo que a su vez se le debía; desde este punto de vista, la compensación llena una función de garantía.

A decir de Planiol y Ripert[2188], la función de la compensación es doble: simplifica y garantiza los pagos. Agregan que la compensación evita un transporte inútil de dinero y algunos pleitos igualmente inútiles entre las partes; en lugar de hacerse un doble pago recíproco, las dos obligaciones se compensan y se extinguen, como si cada uno de los acreedores hubiera percibido del otro y vuelto a entregar inmediatamente el importe de su respectivo crédito.

Por un lado, evita un doble pago en sentido inverso y lo reemplaza por el simple pago del exceso de la cantidad mayor sobre la menor; y la manipulación de fondos y los envíos de dinero, con sus gastos, lentitudes y riesgos, quedan así reducidos al mínimo. De otro lado, la compensación constituye una garantía del pago y atribuye a cada uno de los acreedores el equivalente de un privilegio frente a los demás acreedores de su deudor; y no tendrá que concurrir con ellos en la cuantía en que se produce la compensación, puesto que cobrará con cargo a lo que a su vez adeuda, quedando la totalidad de su deuda especialmente afectada a dicho pago; y, de este modo, queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda sin estar seguro de recibir lo que se le debe. Es éste, según los autores citados, uno de los casos en que un simple acreedor quirografario goza, de hecho, de un motivo de preferencia, con independencia de los casos formalmente previstos por la ley.

Cazeaux y Trigo Represas[2189] anotan que la admisión de la compensación se funda en dos razones prácticas; una de utilidad, pues indiscutiblemente facilita la extinción de las obligaciones, y otra, tanto más importante, de garantía para la efectividad de los créditos.

La compensación, señalan dichos profesores, cumple una función de garantía y seguridad recíprocas por cuanto el deudor que pagase, siendo a la vez acreedor de su acreedor en virtud de otra obligación, se expondría a no poder cobrar a su turno por la insolvencia posterior de este último; y merced a la compensación, en cambio, el acreedor-deudor queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda sin estar seguro de recibir lo que se le debe.

2187 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, p. 85.

2188 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de Droit Civil français. Op. cit.*, tomo VII, pp. 613 y 614.

2189 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 292 y 293.

Pero añaden que desde otro punto de vista la compensación simplifica la extinción de dos obligaciones, evitando sendos transportes de numerario o de las cosas que debían darse en pago, ya que cada acreedor satisface su crédito por medio de la liberación de su respectiva deuda, obviándose así la materialidad de la entrega de las prestaciones debidas que, según Rezzónico, equivaldría a recibir con una mano y pagar o devolver con la otra a la misma persona.

En igual sentido opina Francesco Messineo[2190], cuando afirma que sería ocioso que uno de los sujetos cumpliese la propia obligación, para después recibir, a su vez, el cumplimiento de la otra; la ley ahorra a estos dos sujetos actos inútiles, al disponer que, sin dar lugar a dos cumplimientos, las dos obligaciones se extingan.

En opinión de Llambías[2191], la compensación implica un pago simplificado, pues la ley atribuye a la reciprocidad de las obligaciones la misma virtualidad que a un pago doble cruzado, es decir, un pago que hubiese comenzado por hacer un deudor y que seguidamente le hubiere sido satisfecho con lealtad a él mismo por el acreedor, quien, a su vez, fuese deudor suyo.

Arturo Valencia Zea[2192] refiere que la compensación evita un doble pago, una doble entrega de capitales, simplificando de este modo las relaciones del deudor y del acreedor.

Por su parte, Moisset de Espanés[2193] nos dice —con acierto— que la importancia y utilidad de la compensación estriba en varias circunstancias, a saber: elimina todas las molestias y dificultades de un doble pago; tanto en el orden interno como en el internacional simplifica de manera extraordinaria las operaciones; en época inflacionaria la compensación reduce el circulante, porque no hay necesidad de que se hagan desembolsos de dinero de un lado y de otro, ya que dicha operación trae aparejada, en cierto modo, la neutralización de un crédito frente a otro crédito; y envuelve la idea de garantía, debido a que un deudor que recurre a la compensación, al abstenerse de pagar para compensar, prácticamente está cobrando lo que a él se le debe.

Sobre la base de las consideraciones anotadas, es fácil advertir cuál es la utilidad de la compensación, y explica por qué esta figura constituye uno de los medios más comunes de extinción de las obligaciones.

Esa utilidad, sin embargo, puede observarse con claridad meridiana en los ámbitos mercantil, bancario e internacional, donde juega un rol trascendente[2194].

2190 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 382.

2191 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 189 y 190.

2192 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 442.

2193 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 75.

2194 Así también lo reconoce la doctrina consultada. Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VII, p. 613)

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

Según Javier Castro Salinas[2195], la noción de «cuenta corriente» se utiliza para referirse tanto a la operación contable de registrar cuentas entre dos personas, como al contrato de cuenta corriente mercantil y al contrato que celebra un banco con su cliente.

Precisa el citado autor que «El término cuenta corriente en su acepción contable se utiliza para referirse a la figura contable que registra en forma consolidada todos los ingresos y egresos realizados por una persona en las cuentas de otra; estas anotaciones se denominan Debe y Haber, según se trate de un cargo o de un abono en las cuentas del titular. Por ello se habla de una "situación de cuenta corriente" para referirse a la realidad contable de una relación de negocios permanentemente mantenida durante un tiempo más o menos largo».

La cuenta corriente mercantil, en cambio, conforme la define Rodríguez Azuero[2196], es el contrato en virtud del cual los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes pierden la individualidad y la exigibilidad que les son propias, para confundirse dentro de una masa contable cuyo resultado obligacional sólo se conocerá al vencimiento de la cuenta, o a su corte previsto en el contrato.

A su turno, la cuenta corriente bancaria —a decir de Castro Salinas—[2197] es un contrato de contenido complejo que sirve de marco para todas las obligaciones que van asumiendo el depositante y el banco a lo largo de su relación de negocios.

La doctrina contemporánea —precisa— coincide en destacar que el contrato de cuenta corriente no es ya más un contrato accesorio al de depósito irregular de dinero o al de otorgamiento de crédito, como era concebido antiguamente, sino que constituye un contrato autónomo y con caracteres definidos.

» afirman que especialmente en materia comercial la utilidad de la compensación experimenta un desarrollo constante.
A decir de Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 431), en nuestros días la compensación recibe numerosas aplicaciones, contándose entre las más frecuentes aquéllas de orden mercantil, sobre todo bancario. Ocurre que la compensación presenta una serie de ventajas, entre otras:
a) Impedir las molestias, gastos y demoras originadas por un doble cobro innecesario.
b) Evitar —en gran medida— el riesgo de la insolvencia, puesto que cada acreedor obtiene directamente el pago hasta la concurrencia del importe menos elevado, sea de su derecho o de su deuda.
c) Simplificar considerablemente el trámite y el movimiento de los negocios o de las instituciones de crédito, tanto en el orden interno como entre los distintos mercados.
Para Salvat (Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, pp. 85 y ss.), las aplicaciones de la compensación son de la mayor importancia, especialmente desde el punto de vista del Derecho Comercial y de la Economía Política.

2195 Castro Salinas, Javier. «Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.º 35, Lima: 1997, pp. 31 y 32.

2196 Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios*. Bogotá: Editorial ABC, 1999, p. 149.

2197 Castro Salinas, Javier. *Op. cit.*, p. 32.

Así las cosas, Castro Salinas[2198] añade que la expresión «cuenta corriente bancaria» corresponde a un contrato específico en virtud del cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, ejecutan estos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque.

Ahora bien, en tal orden de ideas es de hacer notar que la cuenta corriente mercantil edificó sus pilares en la teoría de la compensación; y más adelante la estructura de la cuenta corriente bancaria también se sustentó en ella.

Refiere Rezzónico[2199] que la compensación es el fundamento de importantes instituciones y figuras jurídicas del Derecho Comercial, pues, en efecto, como lo señalan todos los comentaristas, la cuenta corriente mercantil y la cuenta corriente bancaria suponen una continua y perpetua compensación.

Al respecto, Salvat[2200] señala que toda la teoría de la cuenta corriente comercial reposa en la teoría de la compensación; en la cuenta corriente comercial ninguna de las partes puede exigirse aisladamente el pago de la totalidad o de algunas de las partidas que constituyen el haber y el debe de cada una; y, de este modo, las operaciones de las partes se simplifican y garantizan recíprocamente; el crédito se desarrolla entre ellas y con un solo pago se saldan y liquidan operaciones que pueden representar crecidas sumas de dinero.

Para Weill y Terré[2201] es extraño que las relaciones recíprocas de obligaciones se formen entre personas que no son comerciantes; por el contrario, estas relaciones mutuas entre dos negociantes, por ejemplo, entre un comerciante y su banquero, entre un fabricante y un mandadero, son de todos los días, pues el comercio vive del crédito y, sobre todo, necesita simplificar los pagos lo más que pueda, de donde surge en especial el uso de la cuenta corriente, que se fundamenta en el principio de la compensación.

Según anota Lodovico Barassi[2202], el contrato de cuenta corriente es una aplicación de los principios de la compensación voluntaria, pues mediante él las partes se obligan a liquidar sus respectivos créditos en un término previamente fijado, considerándolos hasta entonces como inexigibles e indisponibles.

Así, por ejemplo, si dos casas comerciales tienen, con carácter estable, relaciones de negocios, es indudable que se irán concediendo créditos mutuamente, como si una, remite mercancías a la otra, colocándose en la situación de acreedor del precio correspondiente. Por una parte, el deudor que ha recibido la mercancía y debería pagarla anota en su propio registro, en favor del remitente, la suma

2198 *Ibidem*, p. 33.

2199 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, pp. 988 y 989.

2200 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, pp. 86 y 87.

2201 Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 1019 y 1020.

2202 Barassi, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1955, tomo II, pp. 203 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAYAD

correspondiente; y, en tales supuestos, en lugar de pagar cada vez, y para evitar el envío (antieconómico) del dinero, las partes pueden acordar la simplificación de sus relaciones, renunciando —en previsión a los pagos que tendrán que efectuar a la otra parte— a recibir el pago inmediato de sus créditos, anotándose cada cual en su registro (una en el debe; otra en el haber). De este modo, el crédito transformado en partida de la cuenta corriente, por la compensación, no se paga al contado, sino que las partes convienen que al vencimiento del término fijado en el contrato o por los usos del comercio, o en su defecto, al término de cada periodo (contado a partir de la fecha del contrato), se pague el saldo, es decir, la diferencia que resulta a favor de uno u otro, luego de compensados los créditos recíprocos. Así, si no se reclamare el pago, se considera el saldo como primer asiento de una nueva cuenta, prorrogándose el contrato.

Expresa Llambías[2203] que la utilidad de la compensación se advierte en las cuentas corrientes que suelen llevar los comerciantes entre sí: ninguno de los cuentacorrentistas es acreedor o deudor de alguna de las mercaderías, apertura de crédito, aceptación de letras de cambio o vales, etcétera, pues el derecho o la deuda de cada cual se refiere al saldo acreedor o deudor que resulte del balance del activo y pasivo de la cuenta al tiempo de su cierre.

2.2. Formas en que opera la compensación

Según hemos anotado, la compensación supone una pluralidad de relaciones obligacionales, que se extinguen total o parcialmente sin que exista desplazamiento de numerario o de otros bienes[2204].

Cabe preguntarnos, sin embargo, si ella también importa un cumplimiento automático y forzoso. Vale decir, si indefectiblemente, ante dos créditos recíprocos, líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles, la compensación opera de pleno derecho, aun en la eventual ignorancia de los interesados.

El tema reviste interés no sólo por el distinto tratamiento que la legislación y doctrina le otorgan, sino, sobre todo, por las importantes consecuencias prácticas que de él se derivan.

2203 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 191.

2204 A decir de Valencia Zea (Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 444 y 445), la compensación viene a ser una especie de pago ficticio, pues lo característico de aquélla consiste en la extinción de las sendas obligaciones de las partes compensantes, sin desplazamiento real de prestación por una u otra.
En igual sentido, Rezzónico (Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, vol. II, pp. 987-989) anota que la compensación constituye un doble pago recíproco que se efectúa sin mover el dinero o el objeto de ambas obligaciones, es decir, sin que exista cumplimiento efectivo de la obligación.

Acerca de la forma como opera la compensación en el Derecho Civil existen diversas tendencias legislativas, las que pueden advertirse fundamentalmente en el Derecho francés, en el Derecho inglés y en el Derecho alemán[2205].

En el Derecho francés, la compensación se produce de pleno derecho, esto es, por la simple coexistencia de dos obligaciones recíprocas entre el mismo acreedor y el mismo deudor, respecto de objetos fungibles entre sí, líquidos y exigibles. Así lo establece el artículo 1290 del Código Napoleón al prescribir que «La compensación opera de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun sin saberlo los deudores [...]».

No obstante, la doctrina que inspira al Derecho francés y a las legislaciones que lo siguieron[2206] tiene como base un error histórico, por cuanto hoy se reconoce que ellas obedecen a una equivocada interpretación del texto de *Las Instituciones* de Justiniano.

En *Las Instituciones*, Libro IV, Título 6, párrafo 30, se establece: «En las acciones de buena fe se da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante, lo cual comprende el deber si el demandado debe a su vez alguna cosa, de hacer compensación y de no condenar al demandado más que en el resto. En las acciones de derecho estricto, en virtud de un rescripto de Divino Marco Aurelio y por medio de la excepción de dolo, se introdujo la compensación; pero nuestra Constitución dando mayor amplitud a las compensaciones que se fundan en un derecho evidente, quiere que disminuyan de pleno derecho las acciones reales, ya personales, ya cualesquiera otras, salvo la sola acción de depósito, en que creeríamos demasiado odioso oponer la compensación por cualquiera que fuese, y bajo este pretexto defraudar al depositante de la restitución de las cosas por él confiadas».

Los glosadores y, en particular, el glosador Martinus, así como los antiguos comentaristas del Derecho romano, consideraron que la expresión *ipso iure* del texto de *Las Instituciones* significaba que la compensación operaba de pleno derecho, por la simple coexistencia de las dos obligaciones recíprocas entre un mismo acreedor y un mismo deudor.

Algo idéntico sucedió en el Derecho francés.

2205 Al respecto, puede consultarse un estudio anterior de uno de los autores de este trabajo, cuyos planteamientos recogemos en esta parte (Osterling Parodi, Felipe. «¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil comparado?» En: *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 3, n.° 5, Lima, 1967, pp. 47-53).

2206 Entre ellas el antiguo Código Civil italiano de 1865 (artículos 1285 a 1295), el Código Civil español (artículos 1195 a 1202), el Código Civil chileno (artículos 1655 a 1664), el Código Civil colombiano (artículos 1714 a 1723), el Código Civil uruguayo (artículos 1471 a 1488), el Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1332), el Código Civil argentino (artículo 818) y el propio Código Civil peruano de 1852 (artículos 2252 a 2263).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Gabriel Marty[2207], por ejemplo, reconoce que en el antiguo Derecho francés se comprendieron mal los textos de Justiniano: se tradujo *ipso iure* por «de pleno derecho». De esto se dedujo que la compensación obraba automáticamente a partir del momento en que coexistían los créditos recíprocos. El artículo 1290 (del Código Civil francés) codificó este error de interpretación.

Precisa Marty que, por eso, actualmente la compensación opera de pleno derecho y se produce automáticamente cuando coexisten los dos créditos recíprocos, con las características necesarias para que la compensación pueda existir, y no sólo cuando es invocada.

Pothier[2208], refiriéndose a la compensación en el Derecho romano, expresa que ella opera «de pleno derecho, *ipso iure*, eso significa que se hace por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pronunciada por el juez y sin oposición por las partes».

Añade Pothier que «Así es que el que era acreedor de una persona pasa a ser deudor por una suma u otra cantidad susceptible de compensación con aquella de la que era acreedor, y viceversa, tan pronto aquel que era deudor de una persona queda acreedor por una suma susceptible de compensación con aquella de la que era deudor, la compensación se hace; y las deudas respectivas quedan desde aquel momento extinguidas hasta la debida concurrencia, por la sola virtud de la ley de la compensación».

Cabe observar, en opinión nuestra, que la interpretación sobre el carácter *ipso iure* de la compensación en el Derecho romano es errónea, en cuanto se le otorga naturaleza compulsiva por la sola virtualidad de la ley. Todo lo que cabe ver en esa expresión es que la compensación se verificaba *ipso iure*, pero no que la extinción se producía *ipso iure*.

En otros términos, la compensación alegada u opuesta por una de las partes tenía la misma virtualidad jurídica que el pago: como éste, extinguía la obligación sin necesidad alguna de que fuera consagrada judicialmente. La expresión *ipso iure* sólo significaba que la compensación podía ser invocada sin el empleo de los procedimientos anteriores a la época de Justiniano, en particular, sin la necesidad de usar la excepción de dolo.

Precisa recordarse, además, que, en el primer periodo del Derecho romano, anterior a la reforma de Marco Aurelio, la compensación operaba en virtud del acuerdo de partes. Salvo ciertas excepciones, la compensación no era obligatoria[2209].

2207 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, p. 223.

2208 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, p. 285.

2209 En torno a los supuestos en los que la compensación fue obligatoria, Eugène Petit (Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 504) refiere que a los banqueros (*argentarius*) les fue impuesta la compensación cuando querían obrar contra un cliente con el que tenían una cuenta. En este caso, estaban obligados a hacer la compensación de lo que debían ellos mismos con lo que les era debido, y no podían ejercitar su acción más que por el exceso neto de su crédito. Si no obedecían a esta regla, o si calculaban mal y reclamaban demasiado, se hacía una *plus petitio* y se exponían a perder su derecho. Esta

Posteriormente, en la época de Marco Aurelio, se extendió la compensación a las acciones de estricto derecho[2210], pero para que ella tuviera lugar era necesario que fuera invocada y opuesta al deudor. La compensación no se producía por la sola fuerza de la ley y cada una de las partes conservaba el derecho de exigir separadamente el pago de su crédito. La compensación se producía en vía de excepción, por declaración judicial. La ley facultaba a una de las partes a oponer la excepción de dolo, pues se consideraba que quien reclamaba lo que debía restituir incurría en dolo.

La compensación partía, en esta época del Derecho romano, de la siguiente premisa: ella no producía efectos por la sola circunstancia de que ambos créditos se enfrentaran con carácter de compensables. Asimismo, la declaración unilateral en cuya virtud el deudor oponía la compensación tampoco originaba —por sí sola— la extinción de ambas obligaciones. Esto ocurría únicamente cuando se concertaba un contrato de compensación.

Luego, además del supuesto en el que existía un contrato de compensación, ésta operaba únicamente cuando el deudor exigía en juicio la compensación y cuando el juez la llevaba a cabo.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[2211] señalan que con Marco Aurelio la compensación se extiende a todas las acciones de derecho estricto, siendo, sin embargo, imprescindible que el demandado la opusiera por medio de una excep-

compensación les fue impuesta aun para deudas nacidas de causas diferentes, pero era preciso que estuvieran vencidas y que tuvieran por objeto cosas de la misma naturaleza.
Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 294 y 295) anotan que «Por excepción, la compensación aparece como obligatoria en dos supuestos. Al banquero (*argentarius*) que demanda a su cliente, el pretor sólo le concedía la acción *cum compensatione* o *cum deductione*, o sea, que no podía perseguir el cobro íntegro de lo que éste le debiese, sino tan sólo el saldo o remanente una vez deducido lo que el propio banquero a su vez adeudara, siempre que el demandante resultara acreedor del demandado en más de lo que éste fuese acreedor de aquél; y todo esto lo era bajo pena de incurrir el accionante en *plus petitio* y ver rechazada su acción con pérdida también del derecho a demandar lo que le era en verdad adeudado. A su vez, el *bonorum emptor* (comprador o adjudicatario de los bienes de un fallido), tenía acción para reclamar todos los créditos que formaran parte del patrimonio adquirido y, en cambio, no respondía frente a los acreedores del *fraudator* más que hasta un tanto por ciento de las deudas; pero, si el deudor de la "masa concursada" era al mismo tiempo acreedor de ella, al serle exigida su deuda podía oponer en compensación la totalidad de su crédito y hasta ese importe se operaba la extinción de ambas obligaciones. Según Cicerón, también se habría admitido la compensación en las *legis actio per judicis postulationem* resueltas por el juez *salva fide o bona fide,* es decir con arreglo a la equidad; siempre que los créditos recíprocos, aun siendo de diferente especie, provinieran de la misma causa —*ex eadem causa*—».

2210 Enseña Petit (Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 677) que las acciones de derecho estricto son difíciles de determinar, por cuanto los textos no dan ninguna lista de ellas. A esta categoría se limitan, sin embargo, las acciones que nacen de un contrato o cuasi contrato unilateral, vale decir, las *condictiones* en todas sus operaciones, la acción *ex stipulatu* y la acción *ex testamento.*
Parece ser que la acción *furti* y la acción *legis aquiliae* se hallan también ordenadas entre las acciones de derecho estricto.

2211 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 295.

Gabriel Marty[2207], por ejemplo, reconoce que en el antiguo Derecho francés se comprendieron mal los textos de Justiniano: se tradujo *ipso iure* por «de pleno derecho». De esto se dedujo que la compensación obraba automáticamente a partir del momento en que coexistían los créditos recíprocos. El artículo 1290 (del Código Civil francés) codificó este error de interpretación.

Precisa Marty que, por eso, actualmente la compensación opera de pleno derecho y se produce automáticamente cuando coexisten los dos créditos recíprocos, con las características necesarias para que la compensación pueda existir, y no sólo cuando es invocada.

Pothier[2208], refiriéndose a la compensación en el Derecho romano, expresa que ella opera «de pleno derecho, *ipso iure*, eso significa que se hace por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pronunciada por el juez y sin oposición por las partes».

Añade Pothier que «Así es que el que era acreedor de una persona pasa a ser deudor por una suma u otra cantidad susceptible de compensación con aquella de la que era acreedor, y viceversa, tan pronto aquel que era deudor de una persona queda acreedor por una suma susceptible de compensación con aquella de la que era deudor, la compensación se hace; y las deudas respectivas quedan desde aquel momento extinguidas hasta la debida concurrencia, por la sola virtud de la ley de la compensación».

Cabe observar, en opinión nuestra, que la interpretación sobre el carácter *ipso iure* de la compensación en el Derecho romano es errónea, en cuanto se le otorga naturaleza compulsiva por la sola virtualidad de la ley. Todo lo que cabe ver en esa expresión es que la compensación se verificaba *ipso iure*, pero no que la extinción se producía *ipso iure*.

En otros términos, la compensación alegada u opuesta por una de las partes tenía la misma virtualidad jurídica que el pago: como éste, extinguía la obligación sin necesidad alguna de que fuera consagrada judicialmente. La expresión *ipso iure* sólo significaba que la compensación podía ser invocada sin el empleo de los procedimientos anteriores a la época de Justiniano, en particular, sin la necesidad de usar la excepción de dolo.

Precisa recordarse, además, que, en el primer periodo del Derecho romano, anterior a la reforma de Marco Aurelio, la compensación operaba en virtud del acuerdo de partes. Salvo ciertas excepciones, la compensación no era obligatoria[2209].

2207 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, p. 223.

2208 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.,* segunda parte, p. 285.

2209 En torno a los supuestos en los que la compensación fue obligatoria, Eugène Petit (Petit, Eugène. *Op. cit.,* p. 504) refiere que a los banqueros (*argentarius*) les fue impuesta la compensación cuando querían obrar contra un cliente con el que tenían una cuenta. En este caso, estaban obligados a hacer la compensación de lo que debían ellos mismos con lo que les era debido, y no podían ejercitar su acción más que por el exceso neto de su crédito. Si no obedecían a esta regla, o si calculaban mal y reclamaban demasiado, se hacía una *plus petitio* y se exponían a perder su derecho. Esta

Posteriormente, en la época de Marco Aurelio, se extendió la compensación a las acciones de estricto derecho[2210], pero para que ella tuviera lugar era necesario que fuera invocada y opuesta al deudor. La compensación no se producía por la sola fuerza de la ley y cada una de las partes conservaba el derecho de exigir separadamente el pago de su crédito. La compensación se producía en vía de excepción, por declaración judicial. La ley facultaba a una de las partes a oponer la excepción de dolo, pues se consideraba que quien reclamaba lo que debía restituir incurría en dolo.

La compensación partía, en esta época del Derecho romano, de la siguiente premisa: ella no producía efectos por la sola circunstancia de que ambos créditos se enfrentaran con carácter de compensables. Asimismo, la declaración unilateral en cuya virtud el deudor oponía la compensación tampoco originaba —por sí sola— la extinción de ambas obligaciones. Esto ocurría únicamente cuando se concertaba un contrato de compensación.

Luego, además del supuesto en el que existía un contrato de compensación, ésta operaba únicamente cuando el deudor exigía en juicio la compensación y cuando el juez la llevaba a cabo.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[2211] señalan que con Marco Aurelio la compensación se extiende a todas las acciones de derecho estricto, siendo, sin embargo, imprescindible que el demandado la opusiera por medio de una excep-

compensación les fue impuesta aun para deudas nacidas de causas diferentes, pero era preciso que estuvieran vencidas y que tuvieran por objeto cosas de la misma naturaleza.
Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 294 y 295) anotan que «Por excepción, la compensación aparece como obligatoria en dos supuestos. Al banquero (*argentarius*) que demanda a su cliente, el pretor sólo le concedía la acción *cum compensatione* o *cum deductione*, o sea, que no podía perseguir el cobro íntegro de lo que éste le debiese, sino tan sólo el saldo o remanente una vez deducido lo que el propio banquero a su vez adeudara, siempre que el demandante resultara acreedor del demandado en más de lo que éste fuese acreedor de aquél; y todo esto lo era bajo pena de incurrir el accionante en *plus petitio* y ver rechazada su acción con pérdida también del derecho a demandar lo que le era en verdad adeudado. A su vez, el *bonorum emptor* (comprador o adjudicatario de los bienes de un fallido), tenía acción para reclamar todos los créditos que formaran parte del patrimonio adquirido y, en cambio, no respondía frente a los acreedores del *fraudator* más que hasta un tanto por ciento de las deudas; pero, si el deudor de la "masa concursada" era al mismo tiempo acreedor de ella, al serle exigida su deuda podía oponer en compensación la totalidad de su crédito y hasta ese importe se operaba la extinción de ambas obligaciones. Según Cicerón, también se habría admitido la compensación en las *legis actio per judicis postulationem* resueltas por el juez *salva fide o bona fide,* es decir con arreglo a la equidad; siempre que los créditos recíprocos, aun siendo de diferente especie, provinieran de la misma causa —*ex eadem causa*—».

2210 Enseña Petit (Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 677) que las acciones de derecho estricto son difíciles de determinar, por cuanto los textos no dan ninguna lista de ellas. A esta categoría se limitan, sin embargo, las acciones que nacen de un contrato o cuasi contrato unilateral, vale decir, las *condictiones* en todas sus operaciones, la acción *ex stipulatu* y la acción *ex testamento.*
Parece ser que la acción *furti* y la acción *legis aquiliae* se hallan también ordenadas entre las acciones de derecho estricto.

2211 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 295.

ción de dolo (*exceptio doli*), ya que el dolo consistía —en este caso— en exigir la entrega de algo que de inmediato debía devolverse: *dolo facit qui petit quod redditurus est*. Pero si el deudor no invocaba la compensación en la forma antedicha, ésta no se operaba y cada parte conservaba el derecho de reclamar separadamente el pago de su crédito. La compensación se producía pues judicialmente y previa oposición de la excepción por parte del deudor.

En efecto, durante el Derecho romano de la época clásica, la compensación fue uno de los modos de extinción de obligaciones que verificó su eficacia únicamente en la vía judicial y a manera de excepción.

Sólo si en un proceso el juez valoraba de manera conjunta el crédito que alegaba el demandado contra el que exhibía el demandante, el deudor que había opuesto la excepción de compensación podía ser condenado por la diferencia o ser absuelto si las deudas tenían igual cuantía.

A decir de Topasio Ferreti[2212], en Roma la compensación se producía cuando el deudor oponía al acreedor en el proceso un crédito que tenía a su vez contra éste.

Petit[2213] refiere que el deudor perseguido por el acreedor podía hacer valer ante el juez, bajo forma de excepción, que era también acreedor del demandante, y era el juez quien, por medida de equidad, operaba la compensación[2214].

No obstante, en el tercer periodo del Derecho romano, Justiniano modificó el sistema al disponer que la compensación se producía *ipso iure*, expresión ésta que ha dado origen a la polémica en el Derecho moderno acerca de la forma como ella operaba.

De otro lado, el Derecho inglés otorga un tratamiento diverso a la compensación. En la legislación inglesa la compensación surte efectos sólo cuando es opuesta a una demanda judicial a manera de excepción. En tal sentido, debe existir un proceso judicial entre las partes para que la compensación pueda oponerse.

En la legislación alemana, en cambio, la compensación no opera de pleno derecho, sino que debe ser opuesta por cualquiera de las partes de manera judicial o extrajudicial. Vale decir, la compensación debe ser opuesta al acreedor, pero no necesariamente en un proceso judicial (como sucede en el Derecho inglés), sino también fuera de él. Se concibe, pues, la compensación, como un negocio jurídico unilateral, en el cual se pone de manifiesto el propósito de compensar el propio

2212 Topasio Ferreti, Aldo. *Derecho romano patrimonial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 185.

2213 Petit, Eugène. *Op. cit.*, p. 503.

2214 Precisa Petit que, en el Derecho romano, sin embargo, hubo un caso de compensación legal en materia de dote. Ello ocurría cuando el marido debía restituir una dote compuesta de cuerpos ciertos y de dinero; la deuda de dinero era disminuida de pleno derecho por los gastos necesarios que había podido hacer.

débito con el ajeno. Es decir, que los créditos no se extinguen *ipso iure* en ignorancia de las partes, sino que se requiere la voluntad de compensar.

Esta doctrina fue adoptada por las nuevas corrientes legislativas[2215] y, según la opinión de los autores consultados, en criterio que compartimos, es la que parece tener mayor autoridad.

Observemos por qué.

La extinción forzosa de las obligaciones, que prescinde de la voluntad de los interesados, no se justifica.

Nadie está obligado a cobrar lo que no se le paga, ya que al acreedor puede convenirle la subsistencia de su crédito. Luego, la ley no tiene por qué imponer el pago de los créditos que no se reclaman.

Entre la compensación legal, de efectos ocultos y a veces injustificados, y la compensación judicial, que impone un litigio, la compensación por declaración de una de las partes, esto es, la fórmula del Código Civil alemán —adoptada por la legislación peruana— elimina las desventajas de ambos sistemas.

En opinión nuestra, la compensación legal del Derecho francés presenta algunos inconvenientes. Por ejemplo, al operar de forma mecánica hace caso omiso al eventual interés que un acreedor o ambos acreedores pudieren tener sobre la subsistencia de su crédito.

Podría pensarse, sin embargo, que la compensación, al funcionar automáticamente, no ofrece garantía alguna de que los requisitos o condiciones que ella exige se hayan verificado realmente. Pero este argumento carece de sentido, por

2215 El Derecho moderno asume reglas similares al artículo 389 del Código Civil alemán de 1900, mediante el cual se abandonó el sistema de la compensación legal del Derecho francés, al establecer que «por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que sean compensables y hayan sido opuestos uno a otro».
Entre los códigos civiles que siguen al Código Civil alemán en esta materia se hallan el Código Federal suizo de las Obligaciones (artículo 120), el Proyecto de Código Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos (artículo 215), el Código Civil polaco (artículo 254), el Código Civil peruano de 1936 (artículo 1294) y el propio Código Civil peruano de 1984 (artículo 1288), aunque con variantes en lo relativo a la retroactividad de la compensación.
En efecto, algunas de las legislaciones que han optado por prescribir el requerimiento de una declaración de voluntad formativa para la compensación establecen la retroactividad de sus efectos a la fecha en que empezaron a coexistir ambas deudas. Tal es el caso del Código alemán, del Proyecto de Código Franco-Italiano y del Código suizo. Contrariamente, tanto nuestro Código Civil vigente como el anterior retrotraen los efectos de la compensación al momento en que fue opuesta por una de las partes.
De otro lado, el Código Civil brasileño de 1916 (artículo 1009), que siguió las normas del Código Napoleón, constituyó una excepción inexplicable. No obstante, el vigente Código Civil brasileño, aprobado por Ley n.° 10.406 del 10 de enero de 2002, se adhiere al común de las legislaciones, como es posible apreciar en los artículos 368 al 380 del citado Código.

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

cuanto si los requisitos que la compensación precisa, no se configuran, simplemente no habría compensación.

De otro lado, la compensación judicial que consagra el Derecho inglés tampoco constituye, a nuestro modo de ver, la solución adecuada, por cuanto supone la existencia de un proceso judicial, que sólo se justifica ante un conflicto de intereses.

Por ello, estimamos que la solución legislativa más razonable es aquella que permite a cualquiera de las partes invocar o no la compensación, dentro o fuera de un proceso.

Así las cosas, la compensación se perfila como un acto jurídico unilateral que puede aducirse dentro de un proceso judicial, o simplemente oponerse de manera extrajudicial sin formalidad alguna.

Jorge Eugenio Castañeda[2216], comentando el Código Civil peruano de 1936, afirma que no existe en nuestra legislación compensación legal, esto es, la que resulta independientemente de la voluntad de las partes y aun cuando una de ellas se oponga. La compensación es voluntaria; si el deudor quiere la opone y si no lo hiciere habrá de pagar simplemente.

Más adelante, al estudiar las clases de compensación, ampliaremos algunos de los conceptos que hemos emitido en este apartado.

2.3. Momento en que opera la compensación

Conforme hemos anotado con anterioridad, la ley civil peruana adopta en su artículo 1288 la doctrina que inspira al Código Civil alemán, según la cual la compensación opera por invocación de cualquiera de los obligados y no de pleno derecho ni sólo a manera de excepción sustantiva dentro de un proceso judicial, como ocurre en el Derecho francés y en el Derecho inglés, respectivamente.

En tal sentido, resulta de interés preguntarnos en qué momento surte efectos la compensación.

En la doctrina y legislación consultadas no existe criterio unívoco al respecto, toda vez que para algunos autores y códigos civiles la compensación surte efectos desde la fecha en que coexisten los créditos exigibles, líquidos y de prestaciones fungibles.

Para otros, si bien la compensación se verifica en virtud de la declaración recepticia de una de las partes, aquélla produce efectos retroactivos a la fecha de la coexistencia de ambos créditos, tal como ocurre en el Derecho alemán y en la legislación italiana[2217].

2216 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 268.

2217 Enseña Messineo (Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 382 y ss.) que el Código italiano de 1942, al regular la eficacia de la compensación, ha suprimido la referencia «de pleno derecho»

Entre tanto, también se hallan autores y legislaciones que sólo reconocen eficacia a la compensación a partir de la fecha en que una de las partes la opone a la otra.

Esta última tendencia es la adoptada por la ley civil peruana. De allí que el artículo 1288 del Código Civil estatuye que «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 [...]».

En nuestro sistema jurídico, la compensación se produce cuando alguno de los sujetos de la relación obligatoria, o ambos, optan por invocarla. En consecuencia, parece lógico que su eficacia se verifique a partir de entonces y no antes. La retroactividad podría deteriorar las relaciones económicas que las partes desean que subsistan. Sólo ellas saben si deben o no oponer la compensación.

Por tal razón, en nuestro ordenamiento no funciona la compensación con efectos retroactivos desde la coexistencia de ambos créditos.

2.4. Requisitos de la compensación

Para que las obligaciones se extingan por compensación es necesaria la concurrencia de los requisitos que la ley civil exige, los que analizaremos a continuación:

---

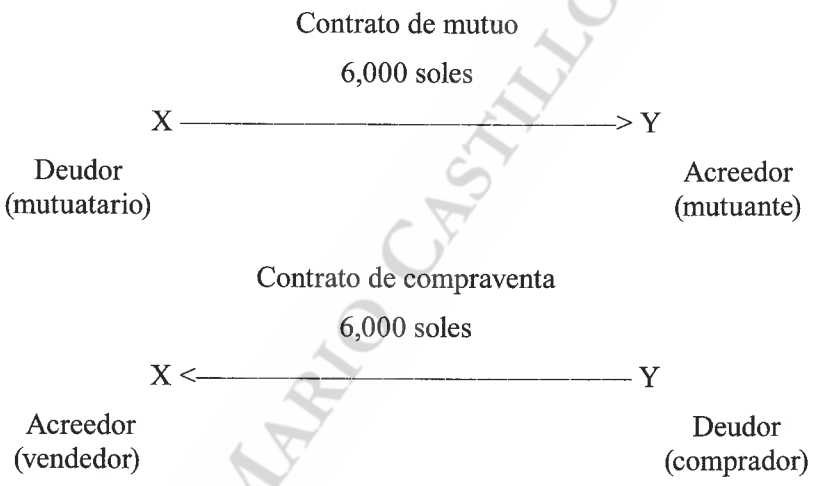
contenida en el Código de 1865 abrogado, de modo que quien quiere valerse de ella debe oponerla —en juicio o fuera de él— a la contraparte.
No obstante, para este tratadista la oposición de la excepción de compensación tiene carácter declarativo y no constitutivo. Lo mismo ocurre con la sentencia que, acogiendo la excepción del interesado, declara verificada la compensación, ésta es sentencia de declaración de certeza.
Precisa Messineo que la excepción de compensación del interesado no obra en el sentido de hacer madurar esa misma compensación, de manera que sin tal excepción ésta no se verifique. Oponer la excepción vale solamente como declaración de voluntad de acogerse a la compensación; pero ésta se produce por sí misma, pues se ha verificado por efecto de la coexistencia de los dos débitos-créditos y del concurso de los otros requisitos de ley. En otras palabras, la intervención del interesado es indispensable para utilizar, en provecho propio, un resultado ya producido, pero sin que, para determinar ese resultado, sea necesaria una precedente declaración suya. Igualmente ocurre, por ejemplo, con la prescripción, la cual no opera si no es excepcionada, pero esto no quita que ésta se haya producido por fuerza propia y extraña a la actividad del interesado (acreedor o propietario) y se encuentre ya en acto, antes incluso de ser excepcionada.
Así, si bien en la compensación no se está ya en la órbita del principio del «operar de derecho», tampoco se está muy lejos de ella.
La compensación —afirma Messineo— es un modo de extinción de la obligación (satisfactorio para cada acreedor) que nace de un comportamiento de inactividad de cada uno de los sujetos. En efecto, la compensación opera aun sin que dichos sujetos realicen acto alguno para que ésta despliegue su eficacia, independientemente de si, para beneficiarse de ella, sea necesario oponer la respectiva excepción. Empero, si la compensación no se opone, cada uno de los sujetos tiene el deber de cumplir y correlativamente el derecho de exigir del otro el cumplimiento. Por lo tanto, puede hablarse de un derecho (potestativo) a la compensación, es decir, de la facultad que tiene el deudor de liberarse mediante la oposición a su acreedor del crédito que él (deudor) tiene a su vez respecto de aquél (acreedor).

2.4.1. Que las obligaciones sean recíprocas

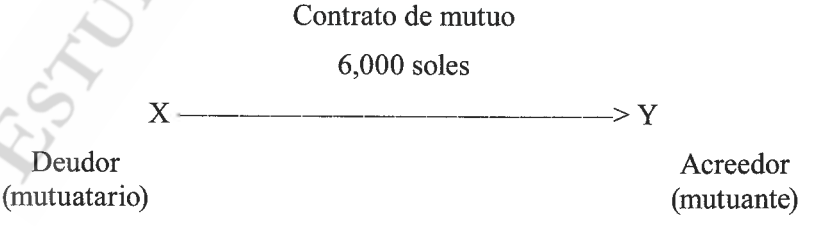
Por regla general, la compensación opera en tanto y en cuanto cada uno de los sujetos de la relación obligatoria ocupe simultáneamente la parte acreedora respecto de uno o más créditos, y la parte deudora en relación a otro u otros créditos.

Ello ocurriría, por ejemplo, si X debe a Y seis mil soles en virtud de un contrato de mutuo, en tanto que Y adeuda a X igual cantidad por concepto del precio de un bien que X le vendió. En esta hipótesis se advierte que X es deudor de Y, al hallarse obligado a la devolución del dinero que le fue prestado mediante un contrato de mutuo, y que X, simultáneamente, es acreedor de Y, por cuanto este último le adeuda el pago del precio del bien materia del contrato de compraventa.

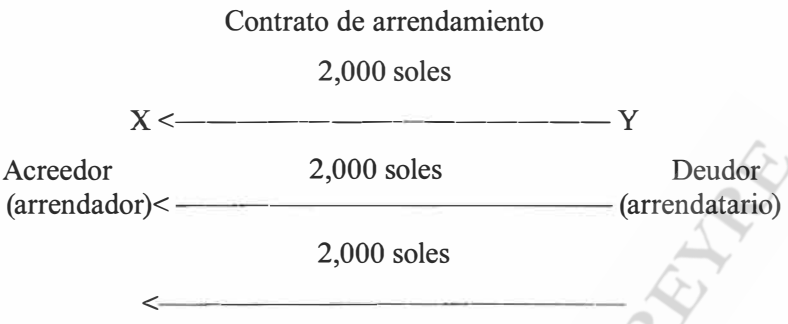
Lo anotado puede graficarse como sigue:



Lo propio ocurriría si Y, por ejemplo, fuese deudor de X en virtud de un contrato de arrendamiento en el cual adeudase el pago de tres mensualidades, cada una de dos mil soles. En este caso, la compensación extinguiría no sólo dos, sino cuatro obligaciones[2218].



2218 Como sabemos, nada obsta a que la compensación se produzca respecto de dos o más obligaciones, en tanto reúnan los requisitos que la ley exige.



La reciprocidad versa, precisamente, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos) acreedor y deudor del otro.

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de si la reciprocidad a la que la ley peruana alude en el artículo 1288 del Código Civil, se refiere a la reciprocidad derivada del contrato con prestaciones recíprocas, del contrato bilateral y del contrato oneroso.

Antes de pronunciarnos sobre el tema, conviene efectuar algunas precisiones en torno a dichas figuras contractuales[2219].

El contrato con prestaciones recíprocas constituye la categoría jurídica que el codificador peruano ha optado para explicar los efectos de los contratos que no sólo crean obligaciones recíprocas, sino que además determinan la exigibilidad de prestaciones recíprocas.

Tal como es entendido por Manuel de la Puente y Lavalle, el contrato con prestaciones recíprocas es apto para generar tanto el sinalagma genético, mediante la creación de las obligaciones recíprocas, cuanto el sinalagma funcional, a través del establecimiento de la relación jurídica obligacional cuyo cumplimiento se realiza con la ejecución de prestaciones también recíprocas.

Aclarando el concepto, precisa que el sinalagma genético es un problema de asunción de obligaciones vinculadas recíprocamente, lo cual se realiza mediante la celebración del contrato.

El sinalagma funcional, en cambio, es un problema de cumplimiento de tales obligaciones mediante la ejecución de las respectivas prestaciones, también vinculadas recíprocamente, de suerte que una parte puede negarse a ejecutar la prestación si la otra parte no ejecuta la suya o puede ser liberada si la contraprestación deviene en imposible por causa no imputable a las partes.

2219 Para ello, hemos seguido de cerca los planteamientos de Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 1.ª edición, tomo II, pp. 546 y ss.).

Así las cosas, la reciprocidad que se deriva del contrato en mención se advierte a nivel de las obligaciones, al momento de la celebración del contrato, y a nivel de las prestaciones, al momento en que se ejecuta la relación obligatoria.

A decir de Manuel de la Puente[2220], se trata de dos reciprocidades distintas. Las obligaciones son recíprocas cuando nacen coligadas entre sí en razón de la celebración del contrato, en tanto que las prestaciones son recíprocas no sólo porque se hallan a cargo de cada una de las partes, sino en razón a la vinculación existente entre ellas, de tal manera que una tiene la calidad de prestación y la otra de contraprestación.

Y añade que ambos tipos de reciprocidades tienen necesariamente que coexistir, ya que no es posible que ambas prestaciones sean recíprocamente exigibles si las respectivas obligaciones no son recíprocamente contraídas.

Por otra parte, el contrato bilateral es aquel en virtud del cual se crean obligaciones a cargo de ambos contratantes. De allí que se conciba como el contrato con «obligaciones recíprocas»[2221].

En expresiones de Mosset Iturraspe[2222], se denominan contratos bilaterales aquellos que, al momento de su perfeccionamiento, esto es, de su celebración válida, engendran obligaciones recíprocas, es decir, para todas las partes intervinientes.

En los contratos bilaterales —precisa Mosset Iturraspe—, las obligaciones a cargo de cada una de las partes están ligadas entre sí, como apunta Messineo, por un nexo lógico especial que se llama reciprocidad y que consiste en su interdependencia.

Bajo esta perspectiva, la bilateralidad se perfila como la reciprocidad que surge en virtud de la celebración del contrato a nivel de las obligaciones.

Al respecto, De la Puente[2223] afirma que la reciprocidad que caracteriza al contrato bilateral no debe entenderse —según se ha hecho tradicionalmente— como una «causalidad mutua de las obligaciones», esto es, que la obligación que debe cumplir cada parte contractual es la causa o razón de ser de la obligación a cargo de la contraparte. Dicha reciprocidad importa más bien una correlación impuesta por la ley entre las obligaciones[2224].

2220 *Ibidem*, p. 572.

2221 Hacemos la salvedad de que el concepto anotado responde a la teoría general del contrato, ya que para la teoría del acto o negocio jurídico la bilateralidad tiene una significación diferente. En esta última, el término bilateralidad alude al número de voluntades que el acto o negocio jurídico requiere para su celebración.

2222 Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, pp. 47 y 48.

2223 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 1.ª edición, tomo II, pp. 573 y 574.

2224 Alonso y Miquel, citados por Manuel de la Puente (*Ibidem*, pp. 583 y 584), sostienen que la expresión reciprocidad debe ser entendida como correlación, simetría o paralelismo entre las

El contrato oneroso, por su parte, es un contrato de cambio en tanto supone una recíproca transferencia de bienes o servicios mediante un único negocio jurídico[2225].

La reciprocidad incorporada a este contrato se advierte en la percepción de las ventajas o atribuciones patrimoniales por cada una de las partes.

Ello, sin embargo, podría llevarnos a confundir al contrato con prestaciones recíprocas con el contrato oneroso, por cuanto ambos determinan, de un lado, una reciprocidad a nivel de las prestaciones a cargo de cada contratante y de otro las consecuentes ventajas recíprocas que importa la ejecución de aquéllas.

La reciprocidad que caracteriza al contrato con prestaciones recíprocas supone una correlación de prestaciones, entendiendo esta última como correlación en la conexión de las ventajas y desventajas que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes. Es claro que tal reciprocidad no implica la existencia de equivalencia, ya que puede suceder —y de hecho ocurre con gran frecuencia— que exista disparidad entre la prestación y la contraprestación.

No obstante ello, son dos figuras jurídicas diferentes.

Precisando la diferencia entre ambas categorías contractuales, Manuel de la Puente[2226] expresa que el contrato con prestaciones recíprocas actúa en un plano al que no llega el contrato oneroso. La creación de «obligaciones recíprocas» es privativa del contrato con prestaciones recíprocas, de tal manera que ese efecto no podría alcanzarse mediante la celebración de un contrato oneroso[2227].

---

obligaciones, excluyéndose así toda idea de interdependencia o mutua condicionalidad entre aquéllas.
Para estos autores, la reciprocidad es como un lazo que se establece, en perfecta armonía y a modo de contrapartida, entre las obligaciones.

2225 En opinión de Jorge Mosset Iturraspe (Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 52), la onerosidad está dada, desde el punto de vista positivo, por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea preciso una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos.
La gratuidad, en cambio, es —por definición— una liberalidad o beneficio: se da algo por nada, sin contrapartida.

2226 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, 1.ª edición, tomo II, pp. 583 y 584.

2227 Cabe hacer notar que similares dudas se presentan en torno al contrato con prestaciones recíprocas y el contrato bilateral.
Conviene recordar que el contrato con prestaciones recíprocas produce efectos similares a los que generaba, en el Código Civil peruano de 1936, el contrato bilateral. Por ello, su actual regulación suscita algunas interrogantes, como las siguientes: ¿es el contrato con prestaciones recíprocas una nueva formulación del contrato bilateral? o ¿se trata simplemente del contrato bilateral, pero con una denominación distinta?
De la Puente (*Ibidem*, pp. 587 y ss.) considera que el contrato bilateral, esto es, con «obligaciones recíprocas», ha sido ampliado por el contrato con «prestaciones recíprocas». Sin embargo, uno u otro permiten explicar cómo las obligaciones nacen unidas recíprocamente y las prestaciones se ejecutan de manera recíproca.
Adviértase que, como regla general, todo contrato con «obligaciones recíprocas» es también un contrato con «prestaciones recíprocas» y viceversa.

FONDO EDITORIAL CASTILLO LAUD

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que en el ámbito contractual la reciprocidad se estructura a nivel de las obligaciones o a nivel de las prestaciones, pero siempre respecto de un mismo contrato, esto es del contrato con prestaciones recíprocas, del contrato bilateral, del contrato oneroso o de cualquier otra categoría contractual cuya finalidad sea el entrecruce de prestaciones.

En cambio, la reciprocidad de la que tradicionalmente se habla para el caso de la compensación, dimana de dos fuentes diversas (que no necesariamente deben ser contratos, ya que las obligaciones compensables podrían emanar —por citar un ejemplo ilustrativo— de una promesa unilateral o de la ley) y no recae precisamente sobre las obligaciones o prestaciones, sino más bien sobre los sujetos de la relación obligatoria, quienes al ser cada uno de ellos simultáneamente acreedor y deudor del otro, constituyen el punto de conexión de dos operaciones con origen distinto[2228].

En opinión nuestra —al menos en el plano teórico—, la reciprocidad que hace posible la compensación de dos o más obligaciones, a que se refiere el artículo 1288 del Código Civil, comprende tanto al último concepto anotado, como a la reciprocidad que se presenta en el ámbito contractual.

De este modo, cuando las obligaciones en las que los sujetos sean simultáneamente deudor y acreedor, uno del otro, emanen de diversas fuentes o de un mismo contrato, a nuestro modo de ver, se habrá verificado el requisito de reciprocidad de las obligaciones que la compensación exige. No hallamos razón alguna para excluir la reciprocidad propia del ámbito de una misma relación contractual.

Teóricamente podría ocurrir que a través de un contrato con prestaciones recíprocas o de uno bilateral u oneroso, ambas partes hayan contraído obligaciones con prestaciones recíprocas, fungibles, líquidas y exigibles, e intentasen

2228 En la doctrina consultada, los autores enumeran entre los requisitos que debe reunir la compensación a la reciprocidad de las obligaciones. En adelante, los alcances que en opinión de aquéllos ostenta la noción de reciprocidad.
Para Levenhagen (Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 154), la primera condición que debe reunir la compensación es la reciprocidad de las obligaciones, es decir, que existan dos personas, cada una acreedora y, recíprocamente, deudora de la otra.
A decir de Malaurie y Aynès (Malaurie, Philippe y Laurent Aynès. *Op. cit.*, p. 599), es necesario, en primer lugar, que las dos obligaciones existan en sentido inverso entre las mismas personas. En otros términos, es preciso que haya deudas recíprocas a las que también se llama deudas cruzadas.
Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 298) señalan que la reciprocidad es un elemento que hace al concepto mismo de la compensación, pues ésta supone necesariamente la existencia de dos obligaciones distintas entre las mismas personas, pero intercambiadas las posiciones de acreedor y deudor, de forma tal que una parte revista ambas calidades frente a quien a su vez ostenta igual situación.
Al respecto, Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 189) refiere que la compensación supone que alguien deba a determinada persona cierta prestación, pero que, por otra causa, sea también acreedor de esa persona con respecto a lo que él mismo le debe.

compensar dichas obligaciones, por ser la compensación el mecanismo que mejor satisface sus intereses.

Por ejemplo, si Gustavo celebra con María un contrato de renta vitalicia a título oneroso a través del cual Antonio se obliga a entregar a María la suma mensual de mil soles durante el resto de la vida de María, en tanto que ésta se obliga a entregar a Gustavo, dos meses después de la celebración del contrato, la suma de cien mil soles. Supongamos que Gustavo incumple con entregar a María, a su vencimiento, dos mensualidades correspondientes a la renta vitalicia, es decir, le adeudaba la cantidad de dos mil soles, y persiste en su incumplimiento.

Debido a que la obligación de María acaba de vencer (por haber transcurrido los dos meses de plazo convenidos), ésta podría optar[2229] por compensar las obligaciones. Así, si a María, como acreedora de la renta vitalicia, le interesa conservar la relación contractual, pero evitar, además, el desplazamiento de numerario —en vista de ser a su vez deudora de Gustavo—, podría invocar la compensación, con lo que se extinguiría lo adeudado a ella por Gustavo y se reduce su obligación hacia este último hasta el monto de 98,000 soles.

Vemos pues cómo, en el supuesto analizado, reviste sentido la compensación que se produce entre las obligaciones dimanadas de un mismo contrato y carece de argumentos que la impidan, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Ahora bien, es consecuencia de este primer requisito de reciprocidad el que un tercero se vea impedido de invocar la compensación, pretendiendo extinguir el crédito o la deuda que tuviese con alguno de los obligados recíprocamente.

Así, por ejemplo, un tutor no podría oponer en compensación a su acreedor la deuda que éste tiene para con su pupilo. En efecto, en mérito de la exigencia de reciprocidad, dicho tutor no podría pretender que su acreedor diese por cumplida la prestación que él le adeuda en compensación de lo que aquél (el acreedor) debe a su pupilo, pues en tales relaciones obligatorias no existe esa reciprocidad.

La compensación opera cuando se reúnen las condiciones establecidas por la norma entre quienes son mutuamente acreedor y deudor. La ley no admite la intervención de un tercero.

De esta regla se derivan algunas otras que mencionamos a continuación:

(a) El deudor de un pupilo, requerido por el tutor o curador, no puede oponer la compensación por lo que el tutor o curador le debe a él.

2229 En el ejemplo citado, además de la posibilidad de oponer la compensación, María tiene las demás alternativas que la ley ofrece en caso de incumplimiento, como exigir el cumplimiento forzoso de la obligación y la garantía de pago de las pensiones futuras, invocar la excepción de incumplimiento o resolver el contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y esto obedece al hecho de que guardador y pupilo son dos personas distintas, con patrimonios diversos.

(b) El deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Esto es así porque el deudor principal está obligado personalmente y no puede disponer de un crédito que pertenece a su fiador.

La falta de reciprocidad de las obligaciones, indispensable para el funcionamiento de la compensación es, en este caso, evidente, pues el obligado no es acreedor de su acreedor, sino que lo es el fiador, quien para él resulta ser un tercero.

(c) El mandatario, que es requerido por una deuda suya, no puede oponer la compensación de lo que su acreedor debe a su mandante.

Cada sujeto debe ser, a la vez, acreedor y deudor del otro. En este sentido, al mandatario no se le puede oponer en compensación el débito que él tuviera a favor del deudor de su mandante, cuando dicho mandatario ejercita la acción de cobro.

2.4.2. Que las obligaciones sean líquidas

Constituye requisito esencial de la compensación la liquidez de ambas obligaciones.

En opinión nuestra, una deuda es líquida cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de su objeto.

Marty[2230] considera que un crédito es líquido cuando su monto y existencia son indiscutibles.

A decir de Cubides Camacho[2231], la liquidez de una deuda resulta de la certidumbre de su existencia y su cuantía. Aclarando el concepto, precisa que una deuda es cierta en cuanto a su existencia cuando no es discutida en juicio y es cierta respecto de su cuantía cuando se sabe a cuánto asciende sin necesidad de liquidaciones previas. Y añade, en otros términos, que una deuda es líquida cuando de manera explícita y clara se sabe qué, cuánto y cómo se debe.

Con un parecer similar Colmo, citado por Castañeda[2232], estima que una deuda es líquida si su existencia es cierta y su monto determinado.

Según anota Levenhagen[2233], el Código Civil brasileño de 1916 define el concepto de liquidez en su artículo 1533: «Se considera líquida la obligación cierta, en cuanto a su existencia, y determinada, en cuanto a su objeto».

2230 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, p. 276.

2231 Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 400.

2232 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 271.

2233 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, pp. 154 y 155.

Cazeaux y Trigo Represas[2234] refieren que Vélez Sarsfield, citando a Pothier, señala que una deuda líquida es aquella cuya existencia es cierta y cuya cantidad se encuentra determinada. *Cum certum est an et quantum debeatur.* Y esta línea de pensamiento, también evocando los conceptos de Pothier, es recordada por Llambías[2235], quien precisa que la obligación es líquida cuando su existencia está comprobada y la cuantía de su objeto se encuentra definida.

De estas ideas se puede advertir que la liquidez supone dos condiciones de la obligación, a saber: certeza en cuanto a su existencia y determinación respecto a su cuantía.

No obstante, compartimos la opinión de Cazeaux y Trigo Represas[2236] cuando señalan que, en estricto, definiciones como las anotadas unifican y pueden confundir dos aspectos diferentes: el de la certidumbre y el de la liquidez.

La certeza de una deuda —precisan— responde a su existencia indiscutida, mientras que lo relativo a la determinación de su importe, conocer a cuánto asciende lo que se debe, es en verdad la cuestión de liquidez.

Así las cosas, constituyen obligaciones de dudosa certeza aquéllas negadas o discutidas en un proceso arbitral o judicial, en tanto que son obligaciones líquidas, por ejemplo, el crédito proveniente de una cláusula penal, el crédito que corresponde a un legatario de bien determinado, el crédito que emana de un título valor o aquellas contraídas con arreglo al nominalismo[2237].

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de por qué la ley civil peruana exige la liquidez de ambas obligaciones para que se configure la compensación.

A nuestro modo de ver, dicha exigencia obedece a razones de orden práctico. Si por la compensación se extinguen dos o más obligaciones hasta la concurrencia de sus respectivos montos, resulta evidente que para ello se precisa conocer la cuantía de las obligaciones compensables. De lo contrario, sería poco probable saber si ambas obligaciones o sólo una se extinguió totalmente, y en este último caso, cuál es el monto del saldo pendiente de pago.

A decir de Levenhagen[2238], es lógico que la compensación requiera como condición la liquidez de las deudas, ya que si éstas fuesen ilíquidas no sería posible saber lo que se debe.

2234 Cazeaux, Pedro N y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 300.

2235 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 213.

2236 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo III, p. 301.

2237 En lo relativo a la compensación de las obligaciones de dudosa certeza, Cazeaux y Trigo Represas (*idem*) consideran que ella no es viable, pues sería injusto que el derecho de un acreedor se viera paralizado por cualquier alegación falaz o arbitraria de un crédito imaginario, simplemente no acreditado o pendiente de sustanciación en un litigio.

2238 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, pp. 154 y 155.

Cubides Camacho[2239] señala que en la compensación ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de la menor y que, por lo mismo, es necesario que la cantidad sea conocida. De otro modo, no se sabría si ambas deudas se han extinguido en su totalidad, o solamente en parte, ni cuánto ha quedado debiéndose.

En opinión de Llambías[2240], el requisito de la liquidez hace práctico el funcionamiento de la compensación, pues evita que un mal pagador la desvirtúe empleándola como un recurso dilatorio. Asimismo, agrega, siendo la compensación un sustituto del pago, no se podría pagar una deuda cuyo monto se ignora.

Barros Errázuriz, citado por Cubides Camacho[2241], afirma que las deudas deben ser líquidas, de suerte que basta enunciarlas para saber en qué consisten y cuál es su valor; de otra manera no pueden pagarse, porque no se sabe el monto de lo debido.

Por otra parte, cabe anotar que el Código Civil peruano de 1936 no exigía la liquidez de la obligación como uno de los requisitos de la compensación.

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1936[2242], se decía que la liquidez no era requisito necesario para oponer la compensación, por considerarse que una obligación ilíquida no deja por eso de tener tal carácter, siendo impropio sujetar el fenómeno de fondo a una cuestión de contabilidad que puede resolverse durante el juicio.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas[2243] enseñan que la liquidez en tanto requisito de la compensación ha sido objeto de diversas críticas en las que se argumenta que por ilíquida que sea una deuda no deja por eso de ser tal. Sobre la base de este argumento y, en especial, en aquellas legislaciones en donde la compensación opera de pleno derecho, se ha formulado la siguiente interrogante: ¿por qué no admitir la compensación, aunque no haya liquidez, si ésta puede reducirse a un asunto secundario de pericia o contabilidad? Esto explica —a entender de los profesores citados— la supresión de la liquidez como requisito de la compensación en algunos códigos civiles como el alemán (artículos 387 y 390), el suizo de las Obligaciones (artículo 120), el polaco de las Obligaciones (artículo 1254) y el peruano de 1936 (artículo 1294).

En la legislación argentina, si bien el artículo 819 del Código Civil prevé el requisito de la liquidez, algunos proyectos de reforma prescindieron de él fundados en el criterio de Juan Antonio Bibiloni.

2239 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 400.

2240 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo III, p. 213.

2241 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 400.

2242 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, p. 30.

2243 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 301.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Llambías[2244] refiere que, según el enfoque de Bibiloni, la compensación se justifica por la idea de garantía, que está presente tanto en las obligaciones líquidas como en las ilíquidas. La exigencia de la liquidez para poder pagar se justifica por la necesidad de hacer la tradición de la cosa con que se paga; pero para compensar, ello no es necesario, porque aun el acreedor de crédito ilíquido está en posesión de las especies que se le dan en pago y puede dejarlas en poder del pagador.

Precisa Llambías que, en opinión de Saleilles, si la compensación es una garantía de pago fundada en la existencia de dos deudas recíprocas, no se puede subordinar su eficacia a un hecho azaroso, cual es su liquidación.

En opinión nuestra, no resulta posible efectuar la compensación unilateral, en tanto una o las dos obligaciones materia de este acto sean ilíquidas. Esto lo determinan razones de lógica evidente, al no resultar posible oponer compensación unilateralmente cuando nos encontramos en presencia de cantidades inciertas. Si ello fuera factible, en buena cuenta lo que se estaría produciendo sería algo así como «compensar en el aire» o «compensar en el vacío», pues no resultaría factible conocer —precisamente— cuánto es aquello que resulta materia de la compensación y, por lo tanto, si ambas deudas se han extinguido en su integridad o si una de ellas se ha extinguido y la otra subsiste parcialmente, ni, en este último caso, conocer el monto por el que resulta subsistente dicha obligación.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que son deudas compensables las obligaciones líquidas, mas no las ilíquidas.

Aun cuando las obligaciones ilíquidas no pueden constituir objeto de compensación, resulta de interés efectuar algunas precisiones en torno a éstas, ya que la iliquidez de la obligación versa en la indeterminación de su cuantía.

En este sentido, Llambías[2245] señala que la obligación es ilíquida cuando el objeto no está definido en su cuantía. Así ocurre cuando se trata de la obligación de indemnizar, de honorarios pendientes de regulación, etcétera.

Cubides Camacho[2246] afirma que es una deuda ilíquida la que está sujeta a discusión, a litigio o a liquidación previa.

En opinión nuestra, sin embargo, la iliquidez de una obligación se presenta no sólo cuando el valor de la prestación no se ha determinado con certeza, sino también en los casos que, a manera de ejemplo, anotamos a continuación.

- **Si la determinación de su monto o cuantía se confía a un tercero**

Es el caso de la obligación del comprador de pagar el precio cuyo importe debe fijarse por un tercero (supuesto del artículo 1544 del Código Civil).

2244 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 216.
2245 *Ibidem*, p. 214.
2246 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 400.

Al respecto, pueden consultarse los comentarios anotados por uno de los autores de esta obra, en investigaciones anteriores[2247].

- **Cuando su monto o cuantía deba determinarse según la naturaleza de la obligación o según las circunstancias del caso**

Ello ocurre, por ejemplo, tratándose de la recompensa que debe pagar el dueño que recobra lo perdido (hipótesis del artículo 933 del Código Civil), o del crédito que correspondería al comprador de un bien parcialmente pagado que opta por conservar la relación contractual solicitando al vendedor una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo (supuesto del artículo 1533 del Código Civil). Dicha rebaja importaría, a nuestro modo de ver, un crédito ilíquido.

- **Cuando el valor de la prestación deba determinarse mediante resolución judicial**

Sería el caso de la pensión que corresponde al cónyuge del ausente u otros herederos forzosos, económicamente dependientes de él, en tanto no se haya asignado judicialmente (artículo 58 del Código Civil); del crédito que asiste a los erogantes por el haber neto resultante de la liquidación de un comité, cuando el Ministerio Público objeta judicialmente los estados finales de las cuentas (artículo 122 del Código Civil); de la retribución que corresponde al tutor (artículo 539 del Código Civil); o de la remuneración que asiste al albacea cuando el testador no la ha determinado (artículo 743 del Código Civil).

Otros ejemplos de obligaciones ilíquidas los constituirían el crédito de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de la oposición infundada al matrimonio (artículo 257 del Código Civil), el saneamiento por evicción en la partición de la herencia a cargo de los coherederos (artículo 866 del Código Civil), el ejercicio abusivo del derecho de propiedad (artículo 924 del Código Civil), la búsqueda de un tesoro sin autorización en terreno ajeno (artículo 934 del Código Civil), un supuesto de responsabilidad civil contractual (artículo 1321 del Código Civil), un supuesto de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1969 del Código Civil), la gestión de negocios (artículo 1952 del Código Civil), o el enriquecimiento sin causa (artículo 1952 del Código Civil), entre muchos otros casos.

- **Cuando la determinación de su cuantía precise de una liquidación compleja y necesariamente documentada**

Consideramos que, si la liquidación de una obligación requiere de probanza y no sólo de algunos cálculos matemáticos, esto es, de un conjunto de operaciones que revisten complejidad a fin de determinar el importe de la relación obligatoria, dicha obligación podría catalogarse como ilíquida.

2247 Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta. Op. cit.*, pp. 181 y ss.; y *Tratado de la venta. Op. cit.*, 2010, tomo I, pp. 875 y ss.

Sería el caso, por ejemplo, del crédito que corresponde a los hijos que han alcanzado la mayoría de edad por el saldo que resulta en contra de los padres que han administrado sus bienes durante la vigencia de la patria potestad (artículo 430 del Código Civil).

No obstante, debemos preguntarnos si la compensación procede respecto a las obligaciones ilíquidas, pero fácilmente liquidables. Vale decir, si es posible compensar aquellas deudas en las que la determinación de su monto requiere de una simple liquidación previa.

La respuesta afirmativa se impone en la doctrina consultada.

Así, Cubides Camacho[2248] afirma que no es necesario que las deudas sean actualmente líquidas; basta que se trate de una obligación fácilmente liquidable, es decir, que su monto pueda llegar a conocerse con toda exactitud por simples operaciones aritméticas, entendiendo por tales las cuatro operaciones matemáticas básicas.

En opinión de Llambías[2249], la compensación procede cuando el monto del crédito puede establecerse mediante una simple operación aritmética, o un examen somero de libros o papeles, o si, pese a no estar liquidado, la prueba permite subsanar ese inconveniente.

Para Valencia Zea[2250], el requisito de la liquidez no debe exagerarse, de modo que cuando la determinación del monto de una de las deudas dependa de una operación aritmética, o una rendición de cuentas, o un cómputo de intereses, no puede decirse que el requisito de la liquidez no se ha llenado.

A nuestro modo de ver, si entendemos que una deuda liquidable es aquélla que posibilita la determinación de su importe sobre la base de datos fácilmente verificables o que arroja el propio título, mediante la simple realización de algunas operaciones aritméticas básicas, no encontramos razón que impida extinguirla a través de la compensación.

La liquidez que exige la compensación debe interpretarse restrictivamente, comprendiendo tan sólo aquellas obligaciones que requieran cierta dificultad para su liquidación.

Aunque en un ámbito distinto, el Código Procesal Civil peruano (artículo 689) permite al acreedor exigir el cumplimiento forzoso de una obligación en la vía

2248 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 400.

2249 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 214 y 215.

2250 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 442 y 443.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ejecutiva si aquélla consta en un título que apareja ejecución y es cierta, expresa, exigible y líquida o liquidable mediante operación aritmética[2251].

Así, una deuda sujeta a una cláusula valorista o una deuda que emane de una cuenta corriente pueden ser catalogadas como deudas compensables.

De igual forma, nos encontraríamos en presencia de una obligación fácilmente liquidable y, por lo tanto, compensable, cuando el precio del bien en un contrato de compraventa se fije utilizando como patrón referencial el precio que tuviere en la bolsa o mercado de un determinado lugar y día (hipótesis del artículo 1545 del Código Civil).

Asimismo, cuando el precio de los bienes objeto de un contrato de compraventa se rija por aquél que normalmente establece el vendedor (supuesto del artículo 1547 del Código Civil), también estaríamos ante una obligación de fácil liquidación.

O en el caso de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, cuyo pago puede efectuarse en moneda nacional, de no mediar pacto en contrario[2252]. En este supuesto, el deudor de la suma en moneda extranjera puede oponer la compensación a su acreedor, quien a su vez sea su deudor en moneda nacional, ya que la determinación del importe de la deuda del primero es muy simple: sólo habrá que verificar el tipo de cambio de venta del día y lugar de vencimiento de la obligación y, mediante una simple operación aritmética de multiplicación o de división —según el caso—, se convierte en equivalente a moneda nacional. Inclusive en la hipótesis del tercer parágrafo de la norma citada, merced a la cual el acreedor puede escoger que el pago de la deuda contraída en moneda extranjera —que va a ser pagada en moneda nacional— sea realizado según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o el tipo de cambio vigente el día del pago, no existe dificultad alguna, ya que la información de ambos tipos de cambio

2251 Durante la vigencia del antiguo Código de Procedimientos Civiles, el Decreto Ley n.° 20236, modificatorio del Código, previó como condición para la procedencia de la acción ejecutiva la liquidez de las deudas contraídas en dinero o en especie, a la par que definió en su artículo 15 el concepto de liquidez: «Se entiende por cantidad líquida, no sólo la que actualmente tiene esta calidad, sino la que pueda reducirse a cifras determinadas mediante simples operaciones aritméticas basadas en los datos que suministra el título ejecutivo».

2252 Nuestra legislación faculta al deudor a optar por pagar la obligación en la moneda extranjera pactada, o en moneda nacional al tipo de cambio de venta, a menos que haya convenido lo contrario. Así lo establece el Código Civil en su artículo 1237:
Artículo 1237.- Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.
Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.
En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día de pago.

es sumamente asequible y verificable en nuestro medio. Se trata, pues, de una obligación fácilmente liquidable y, por lo tanto, susceptible de compensación[2253].

Y hasta aquí sólo unos pocos casos de obligaciones líquidas e ilíquidas destinados a ilustrar nuestra opinión.

2.4.3. Que las obligaciones sean exigibles

La exigibilidad de las obligaciones constituye presupuesto esencial para que opere la compensación. Dicha exigibilidad versa, a nuestro modo de ver, en la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento forzoso de la obligación.

A decir de Llambías[2254], para que funcione la compensación es indispensable que las obligaciones sean exigibles, es decir, que puedan reclamarse judicialmente desde ya por el respectivo acreedor.

En opinión de Jorge Cubides[2255], es preciso que el acreedor tenga la facultad legal para pedir el pago de la obligación, judicialmente si es necesario, pues siendo la compensación lo que es —una especie de doble pago— cada uno de los deudores debe estar ya obligado a pagar, como cada uno de los acreedores en la posibilidad de exigir su derecho.

Cazeaux y Trigo Represas[2256] consideran que el perfeccionamiento de la compensación requiere que ambas deudas sean exigibles, esto es, que su cumplimiento pueda gestionarse compulsivamente, de inmediato, en forma privada o judicialmente.

Laurent[2257] afirma que la compensación tiene razón sólo entre dos deudas igualmente exigibles, entendiéndose por deuda exigible a aquella que otorga al acreedor el derecho de que se le pague inmediatamente, ya que el deudor no podrá oponerle una excepción que enerve la acción.

Con similar parecer, Huc[2258] refiere que una deuda es exigible cuando el acreedor requiere su pago sin que el deudor pueda oponer una excepción que destruya la acción.

Siendo, pues, la exigibilidad de las obligaciones un requisito medular para la posibilidad de oponer la compensación unilateral, podemos concluir en que no

2253 El tema de la compensación de obligaciones en moneda extranjera tiene otras variantes, que analizaremos al tratar el requisito de fungibilidad de las prestaciones.

2254 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 208.

2255 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 401.

2256 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 301 y 302.

2257 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 425.

2258 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 425.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

son deudas compensables —por carecer de exigibilidad—, los siguientes créditos, que utilizamos a manera de ejemplos representativos.

- **Aquellos créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad**

Existen supuestos señalados expresamente por la norma positiva en los que, si bien se ha originado un deber con contenido patrimonial de una de las partes respecto de la otra, este deber no es exigible. Es el caso, por ejemplo, del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943 del Código Civil), los que, al no estar prohibidos, son actos lícitos, pero se carece de acción para reclamar por su resultado. *Se trata, como hemos visto, de un caso de lo que la doctrina suele denominar obligaciones naturales*[2259].

Bajo este supuesto, si Francisco es deudor de Juan (por ejemplo, le adeuda el precio pactado por la compra de un bien), y una noche ambos juegan una partida de póker, resultado de la cual Juan queda debiendo a Francisco una suma de dinero, este monto no podría ser objeto de compensación unilateral respecto de la deuda que Francisco mantiene con Juan.

- **Los créditos expectaticios**

Estos créditos, en realidad, aún no son tales; están supeditados a que las condiciones que han originado las expectativas de su «nacimiento» se vuelvan ciertas. En otras palabras, se trata de derechos expectaticios respecto de un acontecimiento futuro. No siendo aún ciertos, estos créditos no son susceptibles de disposición, ni, por lo tanto, de compensación unilateral.

Sería el caso, por ejemplo, de un deudor que se entera de que su acreedor lo ha instituido como legatario de determinado bien. Es cierto que este legatario podría conocer exactamente qué bien o suma de dinero ha sido dispuesta por el acreedor para él, pero sólo tiene una expectativa, razón por la cual no podría compensarlo con la deuda que mantiene con este acreedor que lo ha instituido como legatario. El mismo principio es aplicable al crédito que corresponde a un heredero forzoso (artículo 735 del Código Civil), o a un heredero voluntario (artículo 737 del Código Civil), o a los herederos legales de quien carece de herederos forzosos y voluntarios (artículo 815 del Código Civil), entre otros.

- **Los créditos sujetos a una condición suspensiva**

Cuando la exigibilidad de una obligación depende del acaecimiento de una condición suspensiva, es obvio que dicha obligación no puede ser objeto de compensación, ya que no surte efectos sino hasta que la condición se produzca.

La condición suspensiva hace depender la eficacia de la obligación —y, por lo tanto, también su exigibilidad— del cumplimiento de un hecho futuro e incierto.

2259 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Estas obligaciones, que están supeditadas a una condición suspensiva, serán exigibles cuando ocurra el hecho futuro e incierto, es decir, en cuanto se cumpla la condición de la cual depende su existencia.

En cambio, tratándose de las obligaciones subordinadas a condición resolutoria, en tanto ésta no se verifique, la obligación es plenamente eficaz y produce todas sus consecuencias, por lo que, en opinión nuestra, procede la compensación.

Empero, si la condición resolutoria se cumple, la obligación se extinguirá retroactivamente; en otras palabras, quedará como si nunca hubiese existido. Por ende, la compensación operada también quedaría sin efecto, de suerte que la otra obligación se restablecería, tornándose nuevamente en exigible. De igual modo, las garantías que hubiese tenido la obligación restablecida recobrarían su efectividad, retornarían a la vida jurídica, ya que, al ser accesorias a la obligación principal, siguen su suerte.

- **Los créditos sujetos a plazo suspensivo**

Si la obligación se sujeta a un plazo suspensivo, resulta evidente que, pendiente éste, dicha obligación no será exigible y, por lo tanto, no podrá constituir objeto de compensación. Para ser exigibles, las deudas deben ser de plazo vencido; no habría coherencia en otorgar un plazo al deudor y, antes de transcurrido éste, exigirle el cumplimiento de su obligación.

En cambio, si el plazo estipulado fuese resolutorio o final, la compensación puede oponerse hasta el vencimiento de dicho plazo, toda vez que durante ese lapso la obligación sí es exigible[2260].

La doctrina es unánime en afirmar que la sujeción de la obligación a un plazo suspensivo obsta su exigibilidad y, por lo tanto, impide la compensación.

En este sentido, Valencia Zea[2261] anota que las deudas sometidas a término no pueden compensarse con las puras y simples, ya que los plazos que un acreedor otorga a su deudor impiden la compensación en tanto no hayan vencido. La jurisprudencia argentina —señala el mismo autor— ha resuelto que durante la vigencia del contrato de arrendamiento el arrendatario no puede compensar al arrendador los precios del arriendo con las sumas que le haya depositado como garantía del cumplimiento de sus obligaciones; empero, una vez terminado el

2260 Como sabemos, el plazo puede ser suspensivo o resolutorio, según importe el nacimiento o terminación de los efectos de la relación jurídica. El plazo suspensivo es aquél que difiere hasta su vencimiento, no el nacimiento, pero sí la exigibilidad de la obligación. En cambio, el plazo resolutorio es aquél que antes de su vencimiento faculta al acreedor para ejercer su respectivo derecho, y una vez ocurrido lo extingue.
Al respecto, el primer parágrafo del artículo 178 del Código Civil hace referencia al plazo suspensivo y al resolutorio, al establecer que cuando el plazo es suspensivo, el acto jurídico no surte efecto mientras se encuentre pendiente, en tanto que cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto jurídico cesan a su vencimiento.

2261 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.,* tomo III, p. 443.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contrato y entregada la cosa, el arrendatario puede compensarle los montos que quedó debiendo, con las sumas dadas en depósito como garantía.

Marty[2262] afirma que si uno de los créditos es a plazo, la compensación no puede operar, pues quien cuenta con un plazo no debe nada. El acreedor del crédito exigible podrá demandar el pago; el del crédito a plazo deberá esperar el vencimiento de éste.

A decir de Cubides[2263], una deuda sometida a plazo no puede ser compensada mientras exista tal plazo.

Ahora bien, el plazo de gracia constituye la única excepción a esta regla. Éste no es un plazo adicional convenido entre las partes; no se trata, pues, de una prórroga acordada entre acreedor y deudor, por medio de la cual el acreedor acepta postergar el vencimiento del plazo o, lo que es lo mismo, en cuanto a sus efectos, otorgar un nuevo plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación. El plazo de gracia no es un acuerdo entre partes, sino un gesto unilateral, gracioso, del acreedor de conceder un lapso adicional a su deudor. Por no ser consensual no obliga al acreedor y, por lo tanto, el crédito es exigible. Un plazo de tal naturaleza no obsta la compensación[2264].

En este sentido, Cubides[2265] refiere que el plazo de gracia, por tratarse de una concesión de hecho del acreedor a su deudor (al permitirle un tiempo adicional), no impide la compensación en tanto no es obligatorio ni liga al acreedor.

Opinión similar expresa Valencia Zea[2266], cuando señala que los plazos que un acreedor otorga a su deudor impiden la compensación, mas no los simples plazos de gracia.

Por otra parte, en lo relativo a las obligaciones de cumplimiento periódico, debemos precisar que la compensación procede, pero únicamente respecto de las prestaciones exigibles y no sobre aquellas cuyo plazo no ha vencido. En resumen, sólo pueden compensarse las prestaciones que ya vencieron y no las futuras.

Supongamos que María se obliga, en virtud de un contrato de suministro, a entregar a Pablo dos computadoras por mes, durante doce meses. A su vez, Pablo adeuda a María diez computadoras idénticas a las del contrato de suministro, obligación nacida de un contrato de permuta cuyo plazo ya venció. Al incumplir María la primera entrega, cualquiera de las partes puede oponer la compensación de esta entrega con la parte equivalente de la obligación proveniente del contrato

2262 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, pp. 219 y 220.

2263 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 401.

2264 El *Code* regula el plazo de gracia en su artículo 1292: «El término de gracia no es obstáculo para la compensación».

2265 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 401.

2266 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 443.

de permuta. Pero —reiteramos— solamente se puede oponer la parte vencida del contrato de suministro, es decir, la primera entrega, que viene a ser dos computadoras, y no las futuras obligaciones que aún no han vencido y que, por consiguiente, no resultan exigibles.

De esta forma se extinguirán las obligaciones del contrato de suministro correspondientes al primer mes, así como la porción equivalente del contrato de permuta, a saber, dos computadoras. En tal sentido, Pablo continuará obligado respecto del saldo no compensado, esto es, a la entrega de ocho computadoras, en tanto que María seguirá comprometida a ejecutar, a su vencimiento, las once prestaciones futuras (en los once meses restantes de vigencia de la relación contractual).

- **Las obligaciones naturales**

Como ya lo hemos estudiado, las obligaciones naturales son —precisamente— aquellas no exigibles por antonomasia, ya que no confieren acción para demandar el cumplimiento del deudor. Resulta evidente, en consecuencia, que respecto a éstas no opera la compensación unilateral. La doctrina concuerda en este punto.

Expresa Cubides[2267] que no podrá haber compensación si una de las obligaciones es natural, por cuanto aquélla no procede respecto de obligaciones que no confieren al acreedor derecho para exigir su cumplimiento.

Para Huc[2268], las obligaciones naturales no son compensables, ya que su admisión en compensación se traduciría en un pago efectuado contra la voluntad del acreedor.

Héctor Lafaille[2269] señala que las deudas naturales no son compensables, pues la ley impone entre los requisitos que ambas deudas sean subsistentes civilmente, vale decir, que presenten el carácter de exigibilidad.

En opinión similar, Salvat[2270] manifiesta que las obligaciones naturales no pueden ser objeto de una compensación porque faltarían en tal caso dos requisitos necesarios para que ésta sea admisible, a saber: 1° la condición de que ambas deudas sean subsistentes civilmente; y 2° la condición de ser ambas deudas exigibles. Como se sabe, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho positivo, sino única y exclusivamente en el derecho natural y la equidad, y no confieren a su acreedor acción para exigir su cumplimiento. Esa es la diferencia respecto de las obligaciones civiles, que se fundan en el Derecho positivo, el cual es la concreción del Derecho natural y la equidad.

Si bien nuestro Código Civil vigente no emplea la denominación «obligación natural», consigna ciertas normas que se adecuan a esta categoría. Una de

2267 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 401.
2268 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo viii, pp. 201 y 202.
2269 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vii, volumen ii, p. 18.
2270 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo iii, p. 295.

ellas, por ejemplo, es la referente a la deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943), supuesto que ya analizamos en el acápite referente a los créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad. Otra, también a modo de ejemplo, es la relativa a la deuda que ha prescrito (artículo 1275), ya que una vez que un crédito ha perdido, por el transcurso del tiempo, su acción, la deuda se vuelve inexigible, convirtiéndose su cumplimiento en potestativo, o sea, en una obligación natural. De esta manera, el pago de esa deuda constituiría un deber moral que, al no ser exigible, no sería susceptible de compensación.

Dentro de tal orden de ideas, no cabe la menor duda de que la compensación legal prevista por el artículo 1288 del Código Civil, no podría verificarse en el caso de las obligaciones naturales, debido a la principal característica de éstas, cual es su inexigibilidad.

2.4.4. Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas

Además de los requisitos de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones, para oponer unilateralmente la compensación, es indispensable que las prestaciones sean fungibles y homogéneas.

Al respecto, consideramos que el Código Civil incurrió en un error de redacción al referirse a este requisito, pues lo centra en las prestaciones y no en el objeto de éstas. Es el objeto de las prestaciones el que va a ser comparado a fin de establecer su grado de semejanza con otro, por lo que la calidad de fungible se le aplicará a él y no a la prestación.

Entonces para que opere la compensación unilateral se requiere que los objetos de ambas prestaciones sean fungibles y homogéneos. Esto quiere decir que ambas deudas deben referirse a bienes u objetos (en la acepción más amplia del término) fungibles entre sí.

En efecto, no basta que el objeto de cada prestación sea fungible únicamente respecto a sí mismo, sino que también sea fungible respecto al objeto de la otra prestación. En otros términos, el objeto de la prestación debido por una de las partes debe ser fungible con el objeto de la prestación adeudado por la otra parte. La homogeneidad requerida por nuestra norma (artículo 1288 del Código Civil) alude, pues, a una sintonía de género, especie y calidad entre los objetos de ambas prestaciones.

En este punto nos parece pertinente señalar que tal fungibilidad también podría darse en las obligaciones de hacer, en la medida en que el objeto de ellas lo permita. La doctrina y la mayor parte de las legislaciones no contemplan este supuesto, debido a que se considera que no puede presentarse en la realidad de los hechos. Pero podrían existir casos en los que, a nuestro criterio, aparecieran las características necesarias de fungibilidad, a pesar de sus muy escasas probabilidades de ocurrencia práctica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Un ejemplo podría ser el siguiente: una persona, César, se halla comprometida a sembrar césped de calidad A-1 en el jardín de otra, Ana. Este jardín tiene una extensión de 200 m^2. Posteriormente, en virtud de otro contrato, Ana se obliga a sembrar el mismo tipo de césped en el jardín de César, cuya área es de 120 m^2. En este punto, suponiendo que ambas obligaciones hayan vencido y sean exigibles, cualquiera de las dos partes podría oponer a la otra la compensación, ya que el objeto de sus prestaciones es equivalente y, por lo tanto, intercambiable, esto es, fungible. Procediendo la compensación, la obligación de Ana se extinguiría, en tanto que la de César quedaría reducida a sembrar 80 m^2. de césped en el jardín de Ana.

Esta simetría en el objeto de las prestaciones entre acreedor y deudor no es tan frecuente, desde luego, como en las obligaciones de dar, pero existen diversas situaciones que, dado el caso, podrían concurrir en el supuesto bajo análisis. Así como en el ejemplo anterior, la compensación unilateral podría operar en otras situaciones, como en el caso de dos partes que se encuentren recíprocamente obligadas a pintar la vivienda de la otra o a transportar hasta un punto determinado una carga de similares características de peso y volumen, etcétera.

Como expresa Cubides[2271], la exigencia de que ambas obligaciones sean de bienes fungibles de igual género y calidad se explica porque la compensación no es una permuta sino una suerte de doble pago. Cada acreedor debe recibir lo que él mismo debe, ya que nadie puede ser obligado a recibir en pago una cosa distinta a la que se le adeuda.

Por ello, añade, no podría compensarse cebada (bien fungible) con trigo (bien fungible), ambas prestaciones de distinta especie, aunque fungibles en su individualidad como objeto de una prestación. Tampoco sería factible compensar vino de mesa de primera calidad (bien fungible) con vino ordinario de cocina (bien fungible), ambas prestaciones de similar especie, pero de diferente calidad.

García Goyena, citado por Manuel Borja[2272], incide en la identidad de la compensación con el pago, señalando que aquélla requiere los mismos términos que éste; en otras palabras, refiere que si para el pago de las cosas fungibles no basta otro tanto de la misma especie sino también de la misma calidad; las mismas condiciones deben concurrir para que pueda verificarse la compensación.

La calidad de la fungibilidad no se exige, pues, con relación a las cosas consideradas en sí mismas, sino con respecto al objeto de la otra obligación. De esta forma, la obligación de entregar gasolina no se compensa con el crédito por una suma de dinero, pese a ser ambos objetos fungibles, puesto que no hay «fungibilidad recíproca». El deudor de gasolina no puede imponer a su acreedor que reciba dinero como pago, así como tampoco quien debe dinero pretender liberarse

2271 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, pp. 398 y 399.

2272 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 637.

entregando cualquier otro bien fungible. Por ello es que la fungibilidad no debe ser independiente sino recíproca.

De la misma forma, una obligación contraída en moneda extranjera (por ejemplo, en dólares de los Estados Unidos de América) no puede ser compensada con un crédito por un monto en otro tipo de moneda también extranjera (como, por ejemplo, libras esterlinas). Ambas obligaciones recíprocas son susceptibles de compensación si las dos monedas resultan fungibles entre sí, es decir, si corresponden al mismo país. Así, puede compensarse una obligación de entregar pesos argentinos con otra que también consista en dar pesos argentinos, etcétera.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico abre al deudor de una suma de moneda extranjera la posibilidad de optar entre realizar dicho pago en la misma moneda extranjera en que contrajo la obligación, o en su equivalente en moneda nacional, tal como dispone el artículo 1237 del Código Civil peruano.

En otras palabras, para estos casos específicos la norma imperativa establece la fungibilidad entre moneda nacional y moneda extranjera. Pero es una fungibilidad sui géneris, ya que sólo lo es para quien paga y no para quien cobra. Es el deudor quien tiene un derecho de sustitución (*ius variandi*) para elegir si paga con una o con otra prestación, mientras que el acreedor únicamente puede demandar el cumplimiento de la prestación en moneda extranjera (aquella que está *in obligatione*)[2273].

Por ello, cabría considerar una deuda en moneda extranjera respecto de un crédito en moneda nacional y, por ende, factible la compensación entre una y otra obligación, pero siempre y cuando sea el deudor de moneda extranjera quien la oponga. Asimismo, siendo muy simple su conversión —sólo se requiere de una operación aritmética básica— a moneda nacional, la obligación en moneda extranjera es fácilmente liquidable, por lo que también cumple con el requisito de liquidez.

En resumen, si ambas deudas han sido contraídas en la misma moneda extranjera —por ejemplo, en euros—, al estar cada una de las partes facultada a escoger si paga a su respectivo acreedor en euros o en soles, entonces ambas monedas vienen a ser fungibles entre sí, por lo que la compensación es oponible por cualquiera de ellas. El saldo restante —en caso de disparidad de montos— podrá ser pagado por el deudor en euros o en soles. Por otro lado, si una de las deudas es de moneda nacional y la otra de moneda extranjera será válida, puesto que es él

2273 La moneda extranjera es la que está *in obligatione* en este caso, y, por lo tanto, es la que debe ser restituida. Así, la obligación debe pagarse en la misma moneda o en su equivalente en moneda nacional, lo cual va a permitir al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el originalmente convenido. De ahí también el tercer párrafo del artículo 1237 del Código Civil, que brinda al acreedor la concesión de optar, en caso de retardo en el pago en moneda nacional, por el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago (es decir, por el que más le convenga).

quien tiene la prerrogativa de elegir pagar su deuda en la moneda originalmente convenida o en moneda nacional.

A nuestro entender, la exigencia de la fungibilidad como requisito para la compensación unilateral se da en dos niveles: el primero, al interior del objeto de cada prestación; y el segundo, entre los objetos de ambas prestaciones. Este segundo nivel de fungibilidad es lo que nuestra norma denomina «homogeneidad», para no confundirlo con el primero. Ambas deudas de bienes fungibles deben ser, por lo tanto, homogéneas, es decir, fungibles entre sí.

Ahora bien, podría constituir un exceso de nuestra norma la exigencia de ambos niveles de fungibilidad mediante los términos fungibilidad y homogeneidad, ya que bastaría con decir «[...] de prestaciones fungibles entre sí [...]» para que la fungibilidad opere respecto de ambos niveles. En efecto, si los objetos de ambas prestaciones son fungibles entre sí, esto implica la fungibilidad individual de cada uno. Basta que un objeto sea fungible con otro para que el concepto de «fungible» se aplique a ambos indistintamente. Entonces, si el objeto de una prestación es fungible con el objeto de la otra, no sólo serán fungibles entre sí, sino que implícitamente son objetos fungibles al interior de la prestación misma.

De igual manera, en términos conceptuales, un bien fungible debe ser homogéneo respecto de los bienes con los que es intercambiable o equivalente. La homogeneidad es la característica principal de la fungibilidad, está incluida en ésta; alude particularmente a la equivalencia de calidad entre los bienes. Así, lo que es fungible es, por esencia, homogéneo. Lo heterogéneo no puede ser fungible.

En conclusión, resultaría reiterativo emplear el vocablo «homogéneos» al aludir a los objetos de estas prestaciones. En cuanto a la posible confusión relativa al espectro que debe abarcar la fungibilidad, este problema se resolvería haciendo explícito en la norma que los objetos de las prestaciones han de ser «fungibles entre sí».

Por otra parte, como anteriormente hemos expresado, el requerimiento de fungibilidad entre los objetos de las prestaciones, para que pueda operar la compensación, no debe tomarse en su sentido más estricto, a saber, que los objetos de ambas prestaciones deban ser idénticos tanto en naturaleza como en magnitud, supuesto de muy difícil ocurrencia.

Ciertamente es muy poco probable que, en dos momentos distintos, dos personas o partes se obliguen a ejecutar —una respecto de la otra y la otra respecto de la primera— exactamente lo mismo y en idéntica cuantía. De admitir ésta como la interpretación correcta de la noción y alcances de la fungibilidad, estaríamos reduciendo el campo de la compensación unilateral a límites inadecuadamente estrechos. Sólo cabría la compensación total, no la parcial.

Así, de acuerdo a este criterio, si tuviésemos de un lado la obligación de pagar 4,300 soles, sólo podríamos compensar dicha obligación con otra cuyo monto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

exacto fuese de 4,300 soles. O si José debiese entregar a Pedro 275 gramos de sal refinada, no podría compensar su deuda a menos que Pedro llegase a adeudarle 275 gramos del mismo producto, ni más ni menos. Se estaría hablando de identidad no sólo en cuanto a especie y calidad, sino también en cantidad, entorpeciendo —sin sentido— la utilidad práctica de esta figura jurídica.

Por ello, reiteramos que la fungibilidad no debe entenderse como equivalencia de los objetos de las prestaciones hasta sus últimas consecuencias, es decir, pretendiendo que todos los detalles de lo adeudado sean idénticos a los de la otra prestación. El elemento «cantidad» constituiría prácticamente un obstáculo insalvable para lograr el objetivo de la figura jurídica de la compensación y, por ello, no debe tomarse en cuenta.

La compensación tiene como finalidad eliminar unilateralmente el «doble pago». La razón de la concesión de esta prerrogativa no se encuentra sólo en un afán de simplificación —que siempre es eficiente—, sino de modo principal en dar seguridad a ambos deudores respecto del cumplimiento de la obligación de la cual son a su vez acreedores. Como ambas obligaciones son (en la mayoría de casos) producto de actos jurídicos independientes, se mantienen autónomas en todos sus extremos, por lo que el incumplimiento de una no se relaciona con el incumplimiento de la otra. Por eso, no sería improbable el supuesto de que una persona que debe dinero a otra que a su vez también le adeuda una suma, no se sienta proclive a pagar su parte por temor a que luego la otra no le abone lo que le debe. Posiblemente la otra parte sienta lo mismo y por ello tampoco cumpla su obligación.

Es dentro de ese contexto que la compensación puede aparecer como una suerte de «intromisión» entre dos contratos independientes y abre la puerta a su vinculación por vía unilateral, siempre y cuando se verifiquen los requisitos señalados.

Entendiendo la razón de la compensación unilateral, queda claro por qué el elemento «cantidad» no debe tomarse en cuenta al hablar de fungibilidad. Si lo que se busca es eliminar el «doble pago», resulta irrelevante que ambas deudas sean distintas en cuantía, ya que de todas maneras una de ellas —la menor— se extinguirá.

No obstante lo señalado, nuestro Código Civil consideró necesario reafirmar este criterio, empleando la expresión «hasta donde respectivamente alcancen».

Por último, existen legislaciones, como la argentina, que incluyen entre los bienes objeto de deudas compensables a «las cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente a los dos deudores» (artículo 820 del Código Civil argentino). El argumento que sustenta dicha inclusión es que si uno de los deudores tiene la potestad de elegir para librarse la misma cosa que el otro deudor podría a su vez escoger, entonces sería factible que operase la compensación unilateral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Podría discreparse con esta posibilidad que la legislación argentina abre para la compensación en el sentido de que, por tratarse de bienes a elección de las partes, en caso de operar la compensación se estaría vulnerando el derecho de una de ellas a elegir el bien que más convenga a sus intereses o deseos. De esta forma, quien opusiera la compensación, en cambio, sí estaría empleando su facultad de elección, por lo que aparentemente se estaría ante una situación de desigualdad que desvirtuaría lo acordado convencionalmente.

En opinión nuestra, con independencia de que se trate del acreedor o del deudor, si quien opuso la compensación es el que tenía la potestad de elegir, entonces tal compensación no debería calificarse de improcedente, ya que en este supuesto quien ha invocado la compensación habría podido elegir lo mismo que hubiese elegido su contraparte, sin perjuicio para nadie[2274].

2.5. Clases de compensación

La compensación puede ser clasificada de diversas formas: se le puede analizar en función a su origen, de acuerdo con los sujetos que intervienen en ella, según su ámbito de operación y, por último, en relación con su magnitud.

Veremos también cómo estas clases de compensación no son excluyentes entre sí, pudiendo coexistir unas con otras.

2.5.1. De acuerdo a si opera en virtud de la ley o de la voluntad humana, esto es, en función a su origen

Esta primera clasificación divide a la compensación según si se origina en la voluntad de las partes o con prescindencia de ella.

2.5.1.1. Legal o de pleno derecho

La compensación legal es la que se produce por simple ministerio de la ley, sin intervención alguna de las partes. Sólo hace falta que se den los requisitos de reciprocidad, exigibilidad, liquidez y fungibilidad de dos o más obligaciones entre acreedor y deudor, para que la ley las declare compensadas hasta el monto de la de menor valor —de no ser ellas iguales—, aun sin conocimiento de las partes. Opera, pues, de pleno derecho.

2274 Por ejemplo, si Juan tuviese que elegir y entregar a Eduardo dos caballos de carrera —bienes inciertos no fungibles y determinados sólo por su especie—, y por su parte Eduardo debiese elegir y entregar a Juan tres caballos de carrera de las mismas características. En este caso, Juan podría oponer la compensación de dos caballos y dar por extinguida su obligación, mientras que la obligación de Eduardo se vería reducida a la elección y entrega a Juan de un caballo de carrera. Como vemos, con la compensación opuesta por Juan no se vulnera el derecho de elección de Eduardo, puesto que de haber efectuado Eduardo su elección, Juan habría luego podido elegir entregar lo mismo, estando entonces ambos facultados a oponer la compensación, con idénticos resultados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como sabemos, esta figura se incorporó al antiguo Derecho francés por una interpretación considerada como inexacta de los textos de Justiniano[2275].

La compensación legal o automática fue recogida por las legislaciones sobre las que el Código francés ejerció su influencia. De este modo, prevaleció durante el siglo XIX, hasta el cuestionamiento de la eficiencia y validez del carácter compulsivo y forzoso de la figura, que condujo a su replanteamiento.

En efecto, la compensación legal llega a ser no sólo arbitraria, sino incongruente con la estructura legal del sistema civil. Operando la compensación como un doble pago ficto y teniendo el pago el carácter de libre (nadie está obligado a cobrar su acreencia; la ley no se entromete en el cumplimiento de las deudas que no se reclaman, si es que el acreedor no perjudica a nadie con el no cobro de su crédito, e incluso podría convenirle la subsistencia de éste), dados los principios de libertad de gestión y libertad de extinción de las obligaciones, la compensación impuesta por mandato de la ley resulta un quiebre que desvirtúa la lógica del conjunto.

Este tipo de ruptura al interior del conjunto normativo se justificaría en aras de la colectividad, es decir, si reforzara o garantizase algún principio de orden público. Pero, en el presente caso, al no comprometer ningún principio de esta naturaleza, no existe razón alguna que la convalide. Por ello, la gran mayoría de las legislaciones del Derecho moderno han ido abandonando el sistema de la compensación legal, para sustituirla por la compensación voluntaria o unilateral.

Por último, el tratamiento del mismo sistema francés, que conserva la compensación legal o automática, adolece de severas inconsistencias. Por ejemplo, si bien ésta es imperativa, al mismo tiempo es renunciable (por lo tanto, no es de orden público: las normas de orden público —por definición— no son renunciables). Asimismo, al ser renunciable deviene, por lógica, en facultativa.

En este sentido, Malaurie y Aynès[2276] señalan que, a pesar de la insistencia del texto francés en remarcar el carácter de pleno derecho de la compensa-

2275 Como antes lo hemos analizado, en el primitivo Derecho romano la compensación únicamente podía operar si las partes se ponían de acuerdo, es decir, se requería el consentimiento de ambas partes para su funcionamiento. Esto obedecía a los antiguos procedimientos romanos por los que no se permitía recargar al juez planteando más de un asunto por litigio. Si se demandaba el pago de una deuda, no podía mezclarse ninguna otra cuestión, por lo que no era posible oponer —por ninguna de las partes— un crédito a la deuda demandada.
Posteriormente, en el Derecho romano clásico, se aprobó conceder la compensación por medio de una excepción de dolo —*exceptionis ope*— que podía interponer el deudor demandado que a su vez era acreedor del demandante.
Al reformar la compensación, Justiniano decidió que ésta podía invocarse sin ninguna formalidad especial, en particular sin tener que recurrir a la excepción de dolo. Sólo era necesaria la concurrencia de los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad de las prestaciones, para que la compensación operara *ipso iure*, es decir, sin necesidad de que fuera consagrada judicialmente.

2276 MALAURIE, Philippe y Laurent AYNÈS. *Op. cit.*, pp. 601 y 602.

ción legal, repitiendo que ésta opera «por la sola fuerza de la ley» y «aun sin el consentimiento del deudor», no se debe exagerar la automaticidad del pago que aquélla produce, ya que en realidad debería ser invocada para que surta sus efectos. Esta regla se desprende de otras normas al interior del mismo cuerpo legal: el acreedor puede renunciar a sus efectos antes o después del momento de su ocurrencia, por lo que se le confiere carácter facultativo, como se interpreta del artículo 1299 del Código Civil francés.

Finalmente, lo dispuesto por el artículo 1295 del *Code*, que constituye la fractura más saltante a la rotunda definición francesa de la compensación legal: si el acreedor de un crédito ya extinguido por la compensación (por la simple coexistencia) cede dicho crédito a un tercero con el consentimiento del deudor, éste no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación, de modo que el crédito —que supuestamente ya estaba extinguido— podrá ser exigido por ese tercero.

En conclusión, el artículo base de la institución de la compensación legal en el Código francés adolece de contradicciones de tal magnitud en su relación con el resto de normas que la regulan, que el concepto de compensación legal se encuentra, en la práctica, desvirtuado.

Por último, consideramos que la expresión «compensación legal» no es la más adecuada, pues cualquier clase de compensación lo es (legal), siempre que no contravenga norma imperativa de orden público. Las compensaciones voluntarias, judiciales, etcétera, son «legales» (si tomamos el término por oposición a «ilegales») en los sistemas que las contemplan dentro de sus legislaciones. Nos parecería, por lo tanto, más idóneo llamar a este tipo de compensación de una manera que se ajuste mejor a su concepto, como, por ejemplo, «compensación de pleno derecho», «compensación automática», etcétera.

2.5.1.2. Voluntaria

Como sabemos, la compensación es una forma de pagar o de extinguir obligaciones (quien compensa está pagando), distinguiéndose del pago en estricto en cuanto no hay tradición alguna, sino que el acreedor extingue lo que adeuda con lo que le deben. Siendo de naturaleza similar al pago, su exigencia es libre y opera a voluntad del acreedor. En cualquier situación de acreencia, es potestativo para el acreedor cobrar o no su crédito. No hay norma que lo obligue a hacerlo, ni tampoco existe ley que disponga arbitrariamente del patrimonio del deudor y sustraiga de él un bien para entregárselo al acreedor. Sin embargo, si el acreedor desea hacer valer su derecho, la ley le otorga una serie de formas y garantías para lograrlo.

No tiene por qué ser distinto el caso del cobro de un acreedor que a su vez sea deudor de la misma persona. Cobrará si así lo decide. Y lo que él a su vez adeuda a su deudor funge como garantía. Ejecutar esta garantía es compensar,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pero se requiere que concurran los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad de las prestaciones, con la declaración de voluntad de quien la opone a la parte contraria.

En cualquier situación de pago, el momento en que éste se realiza es aquel en que surte sus efectos (extingue la obligación); de la misma forma, en nuestro sistema, desde el momento en que se opone la compensación, ésta surte sus efectos. En otras palabras, quien compensa «paga» en ese momento y a su vez «le están pagando» en este mismo instante.

La compensación voluntaria puede darse, así, por la declaración unilateral de la decisión de compensar, siempre y cuando concurran los requisitos de ley. Esta solución es aquella por la que ha optado nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1288: «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.* La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo» (la cursiva es nuestra). Vemos cómo la simple coexistencia no importa la extinción de ambos créditos. La misma fórmula fue adoptada por el Código Civil de 1936 en su artículo 1294: «Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, *desde que hayan sido opuestas la una a la otra.* No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo» (la cursiva es nuestra), en tanto que el Código Civil de 1852, en su artículo 2253, mantenía la solución francesa de la compensación legal.

Es claro que nuestra legislación excluye la compensación legal, ya que exige que una de las partes la oponga y, además, no retrotrae sus efectos al momento de la coexistencia de ambas deudas, sino al instante en que una es opuesta a la otra. De este modo, por ejemplo, la diferencia entre los intereses que devenguen ambas obligaciones deberá ser reintegrada por el deudor obligado a pagar mayores intereses, hasta el día en que se opone la compensación, y no hasta el día en que ambos créditos iniciaron su coexistencia. Luego de esta fecha se seguirán devengando intereses, pero solamente respecto del saldo no compensado.

Sin embargo, en algunas legislaciones los efectos de la compensación unilateral se retrotraen a la fecha de la coexistencia de ambas deudas. Así, el Código Civil alemán prescribe que la compensación requiere de la declaración correspondiente de la parte interesada, pero que una vez realizada dicha declaración, ésta tiene efecto retroactivo, y la compensación opera desde que ambas deudas empezaron a coexistir en condiciones de ser compensadas. El Código suizo, por su parte, establece también la necesidad de una declaración de voluntad formativa para la compensación, en cuanto a sus efectos, al señalar que «[...] las dos deudas se reputan extinguidas a partir del momento en que ellas podían ser compensadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hay retroactividad, a la manera de una declaración de invalidez». Esto resulta en que la deuda compensada deja de existir el día que ella es compensable; ella ya no acarrea interés[2277].

Hemos visto cómo opera la compensación voluntaria cuando la declaración proviene de una de las partes. Aunque parezca evidente, no debemos dejar de mencionar que la compensación voluntaria también puede darse por medio del acuerdo de voluntad de ambas partes. En este caso, no será necesario que concurran los requisitos exigidos para la compensación unilateral, ya que la compensación bilateral supone autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual —a su vez— implica libertad de contratar y libertad contractual. Por medio de esta última es que ambas partes pueden decidir el contenido del acuerdo, pudiendo un acreedor dar por extinguida su deuda con respecto a la otra parte, que, a su vez, dará por extinguida una obligación cuyo objeto (prestación) era distinto del de su contraparte (es decir, carecía del requisito de fungibilidad), así como también se puede compensar una deuda no exigible (por no haber vencido aún el plazo o por ser una obligación natural) con otra que puede serlo o no.

Por ejemplo, podría darse el caso de que Pedro adeude a Juan la suma de cinco mil soles, proviniendo esta deuda de una apuesta no autorizada expresamente pero tampoco prohibida. Por su parte, Juan está obligado a entregar a Pedro una vajilla de fina calidad (valorizada en cuatro mil soles), en virtud de un contrato de compraventa. En este caso, no podría darse la compensación unilateral, ya que no se cumplen los requisitos de fungibilidad y exigibilidad, pero siendo una compensación consensual (bilateral), se puede pactar en los términos que las partes deseen, con la única restricción de no atentar contra normas imperativas de orden público ni contra las buenas costumbres. Así, como resultado de esta compensación voluntaria y bilateral la obligación de Juan se extingue, en tanto que la de Pedro se reduce a mil soles.

Finalmente, la compensación voluntaria puede ser judicial o extrajudicial. La primera puede oponerse por el demandado en juicio, al contestar la demanda o en vía de reconvención, no siendo necesario que se haga con deuda líquida, puesto que puede liquidarse en el mismo juicio por el juez. La compensación judicial resulta, pues, de una sentencia que la pronuncia.

2.5.2. De acuerdo con los sujetos que intervienen en la compensación

Según este criterio, la compensación puede clasificarse en tres categorías, a saber: si opera sin intervención humana, con la intervención de una sola de las partes, o con la intervención de ambas partes.

2277 Engel, Pierre. *Traité des Obligations en Droit suisse*. Neuchatel: Editions Ides et Calendes, 1973, p. 456.

pero se requiere que concurran los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad de las prestaciones, con la declaración de voluntad de quien la opone a la parte contraria.

En cualquier situación de pago, el momento en que éste se realiza es aquel en que surte sus efectos (extingue la obligación); de la misma forma, en nuestro sistema, desde el momento en que se opone la compensación, ésta surte sus efectos. En otras palabras, quien compensa «paga» en ese momento y a su vez «le están pagando» en este mismo instante.

La compensación voluntaria puede darse, así, por la declaración unilateral de la decisión de compensar, siempre y cuando concurran los requisitos de ley. Esta solución es aquella por la que ha optado nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1288: «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*. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo» (la cursiva es nuestra). Vemos cómo la simple coexistencia no importa la extinción de ambos créditos. La misma fórmula fue adoptada por el Código Civil de 1936 en su artículo 1294: «Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, *desde que hayan sido opuestas la una a la otra*. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo» (la cursiva es nuestra), en tanto que el Código Civil de 1852, en su artículo 2253, mantenía la solución francesa de la compensación legal.

Es claro que nuestra legislación excluye la compensación legal, ya que exige que una de las partes la oponga y, además, no retrotrae sus efectos al momento de la coexistencia de ambas deudas, sino al instante en que una es opuesta a la otra. De este modo, por ejemplo, la diferencia entre los intereses que devenguen ambas obligaciones deberá ser reintegrada por el deudor obligado a pagar mayores intereses, hasta el día en que se opone la compensación, y no hasta el día en que ambos créditos iniciaron su coexistencia. Luego de esta fecha se seguirán devengando intereses, pero solamente respecto del saldo no compensado.

Sin embargo, en algunas legislaciones los efectos de la compensación unilateral se retrotraen a la fecha de la coexistencia de ambas deudas. Así, el Código Civil alemán prescribe que la compensación requiere de la declaración correspondiente de la parte interesada, pero que una vez realizada dicha declaración, ésta tiene efecto retroactivo, y la compensación opera desde que ambas deudas empezaron a coexistir en condiciones de ser compensadas. El Código suizo, por su parte, establece también la necesidad de una declaración de voluntad formativa para la compensación, en cuanto a sus efectos, al señalar que «[...] las dos deudas se reputan extinguidas a partir del momento en que ellas podían ser compensadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hay retroactividad, a la manera de una declaración de invalidez». Esto resulta en que la deuda compensada deja de existir el día que ella es compensable; ella ya no acarrea interés[2277].

Hemos visto cómo opera la compensación voluntaria cuando la declaración proviene de una de las partes. Aunque parezca evidente, no debemos dejar de mencionar que la compensación voluntaria también puede darse por medio del acuerdo de voluntad de ambas partes. En este caso, no será necesario que concurran los requisitos exigidos para la compensación unilateral, ya que la compensación bilateral supone autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual —a su vez— implica libertad de contratar y libertad contractual. Por medio de esta última es que ambas partes pueden decidir el contenido del acuerdo, pudiendo un acreedor dar por extinguida su deuda con respecto a la otra parte, que, a su vez, dará por extinguida una obligación cuyo objeto (prestación) era distinto del de su contraparte (es decir, carecía del requisito de fungibilidad), así como también se puede compensar una deuda no exigible (por no haber vencido aún el plazo o por ser una obligación natural) con otra que puede serlo o no.

Por ejemplo, podría darse el caso de que Pedro adeude a Juan la suma de cinco mil soles, proviniendo esta deuda de una apuesta no autorizada expresamente pero tampoco prohibida. Por su parte, Juan está obligado a entregar a Pedro una vajilla de fina calidad (valorizada en cuatro mil soles), en virtud de un contrato de compraventa. En este caso, no podría darse la compensación unilateral, ya que no se cumplen los requisitos de fungibilidad y exigibilidad, pero siendo una compensación consensual (bilateral), se puede pactar en los términos que las partes deseen, con la única restricción de no atentar contra normas imperativas de orden público ni contra las buenas costumbres. Así, como resultado de esta compensación voluntaria y bilateral la obligación de Juan se extingue, en tanto que la de Pedro se reduce a mil soles.

Finalmente, la compensación voluntaria puede ser judicial o extrajudicial. La primera puede oponerse por el demandado en juicio, al contestar la demanda o en vía de reconvención, no siendo necesario que se haga con deuda líquida, puesto que puede liquidarse en el mismo juicio por el juez. La compensación judicial resulta, pues, de una sentencia que la pronuncia.

2.5.2. De acuerdo con los sujetos que intervienen en la compensación

Según este criterio, la compensación puede clasificarse en tres categorías, a saber: si opera sin intervención humana, con la intervención de una sola de las partes, o con la intervención de ambas partes.

2277 Engel, Pierre. *Traité des Obligations en Droit suisse*. Neuchatel: Editions Ides et Calendes, 1973, p. 456.

2.5.2.1. Compensación operada sin intervención humana

En este supuesto estamos hablando de la compensación legal, que opera por ministerio de la ley. Como hemos visto, esta compensación resulta independiente de la voluntad de las partes, con prescindencia de su conocimiento, y aun cuando una de ellas se oponga. Se realiza cuando dos sujetos son respectivamente acreedores y deudores y sus deudas mutuas son líquidas, exigibles y fungibles entre sí. En este caso las deudas se compensan de pleno derecho el día de su coexistencia, extinguiéndose recíprocamente hasta el monto de la menor, por la sola fuerza de la ley.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, esta clase de compensación no es acogida por el Derecho peruano.

2.5.2.2. Compensación operada de modo unilateral

La compensación unilateral, adoptada por nuestro Código Civil de 1936 y mantenida por el vigente —en su artículo 1288—, se insume en la compensación voluntaria. Opera, como dijimos, cuando es opuesta por una de las partes. No hay una formalidad en particular para oponer la compensación, pudiendo hacerse en forma verbal, escrita o por cualquier otro medio permitido por la ley.

Esta compensación, como hemos expresado, requiere para su procedencia cumplir con las exigencias señaladas expresamente en la norma positiva, a saber, que ambas obligaciones sean recíprocas, líquidas, exigibles y que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí. Reuniendo estas condiciones, es plenamente eficaz y, por consiguiente, irrevocable.

Sus efectos se producen desde el día en que es opuesta por una de las partes. En caso de que la otra parte rehusare esta compensación, se puede recurrir a los tribunales de justicia para que la declare consumada. En este supuesto no varía el momento en que se producen sus efectos, ya que luego de la resolución judicial éstos se retrotraen al instante en que fue opuesta. Se trataría, simplemente, de una resolución declarativa.

2.5.2.3. Compensación operada de modo bilateral

Este tipo de compensación es también voluntaria. Opera, como su nombre lo indica, cuando concurren las voluntades de ambas partes, quienes convienen en compensar sus respectivas deudas. En otras palabras, debe haber un acuerdo compensatorio celebrado entre los deudores/acreedores recíprocos, mediante el cual convengan en que las dos deudas queden extinguidas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por tratarse de un contrato entra en juego la voluntad de quienes lo celebran, de modo que no se requiere la concurrencia de las condiciones que la ley exige para la compensación unilateral[2278].

La compensación convencional, como su nombre lo indica, proviene de un acuerdo entre las partes. Tal convención, conforme a los principios generales de los contratos, se basa en la autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual conlleva la libertad de contratar y la libertad contractual. Como sabemos, esta última faculta a ambas partes a establecer el contenido del contrato, con la única restricción de no atentar contra norma imperativa o de orden público[2279].

Por tal razón, siendo la compensación convencional un mero contrato, las partes pueden acordarla cómo y cuándo lo deseen. No tiene un régimen particular —sólo el convenio entre partes— debido a que depende de la libertad con que la hayan pactado los propios interesados, quienes pueden disponer lo que les resulte más conveniente, de acuerdo con sus intereses. Por ello, la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley —artículo 1288 del Código Civil— para la compensación unilateral no es necesaria. Más aún, sólo se requeriría de la existencia de reciprocidad en las obligaciones, pudiendo obviarse la condición de liquidez y de exigibilidad, así como la fungibilidad y homogeneidad del objeto de las prestaciones.

En efecto, a fin de que dos partes puedan celebrar un acuerdo de compensación de obligaciones, éstas deben ser recíprocas, pues la compensación exige que estemos en presencia de un deudor que a la vez sea acreedor en otra obligación, y de un acreedor que a su vez sea deudor en esta otra. En suma, debe haber dos o más obligaciones diferentes entre las mismas personas, pero intercambiadas las posiciones de acreedor y deudor, de forma tal que una parte revista ambas calidades frente a quien a su vez ostenta la misma situación (deudas cruzadas entre las partes). Esta condición es la única de la que no se puede prescindir para que los obligados puedan libremente acordar la compensación de sus respectivas deudas recíprocas[2280].

En cuanto al requisito de liquidez de la compensación unilateral, siendo la compensación convencional un modo contractual de extinción de obligaciones, no se requiere que la cuantía de una deuda se encuentre determinada para proceder a compensarla con otra obligación cuya cuantía puede también ser indeterminada.

2278 Citamos un ejemplo muy claro y simple propuesto por Eugéne Gaudemet: «Primus debe a Secundus mil kilos de trigo; Secundus le debe a Primus ochocientos francos; las dos partes se liberan recíprocamente».

2279 Nuestro Código consagra la libertad contractual en su artículo 1354: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

2280 Es preciso hacer hincapié en que la reciprocidad de las obligaciones es necesaria para que opere la compensación convencional de las deudas mutuas, ya que nada impediría que más de dos partes (compensación plurilateral) acuerden compensar deudas que no sean recíprocas, como ocurre en las cámaras de compensación bancarias.

Las partes pueden, pues, convenir en que se compensen dos deudas ilíquidas o una líquida con otra ilíquida.

Podría ser el caso de que Eduardo le compre a María un cuadro de Fernando de Szyszlo, conviniendo ambos en que el precio de dicho bien sea determinado por Juan (quien por el momento se encuentra ausente). A su vez, Eduardo tiene un crédito a su favor contra María, por haber encontrado una valiosa joya familiar que ésta había extraviado (por la cual María había ofrecido una «sustancial» recompensa). Ambos —María y Eduardo— deciden compensar ambas obligaciones ilíquidas, considerando —a grandes rasgos— que ambas cuantías resultarían similares.

De la misma forma, un abogado podría convenir con un cliente en compensar sus honorarios pendientes de regulación con el importe del servicio de reparación, planchado y pintura de su vehículo, que a su vez le adeuda a dicho cliente.

Resulta claro que en ninguno de estos casos podría oponerse unilateralmente la compensación, la que sólo procedería mediante el arbitrio de ambas partes (acuerdo bilateral).

El que las obligaciones no sean exigibles tampoco es óbice para la compensación convencional, puesto que las partes tienen plena libertad de pactar la compensación de deudas cuyo plazo aún no ha vencido, de créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad, de obligaciones naturales, de créditos sujetos a condición suspensiva, etcétera.

Así, por ejemplo, Francisco puede acordar con Ana en compensar una antigua deuda —ya prescrita y, por lo tanto, no exigible— de quince mil soles que aquél mantenía con Ana, con un crédito de diez mil soles a favor de Francisco, sujeto a un plazo que vencerá en dos meses (no exigible a Ana hasta el término de dicho lapso). A pesar de la inexigibilidad de ambas deudas, lo cual imposibilitaría la invocación de la compensación unilateral, las partes pueden convenir en compensarlas. Como resultado de la compensación, se extinguiría por completo la deuda de Ana, quedando como saldo cinco mil soles de la deuda de Francisco. Como esta deuda se halla prescrita, el pago de este remanente queda a voluntad de Francisco.

En lo relativo al requisito de fungibilidad y homogeneidad de los objetos de las prestaciones, no es difícil deducir que las partes pueden convenir en compensar sus obligaciones con prescindencia de aquél. Así, como nadie puede ser obligado a recibir en pago algo distinto a lo que se le adeuda (fundamento principal del requisito de fungibilidad para la compensación unilateral), tampoco nadie puede ser obligado a recibir exactamente lo que se le adeuda, en caso de que sea su voluntad —y la de su deudor— recibir algo distinto. Por ello, la compensación de dos o más prestaciones cuyos objetos sean heterogéneos es perfectamente posible, siempre y cuando provenga de un acuerdo entre las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sería el caso, por ejemplo, de la compensación de una obligación de transferir la propiedad de una casa (valorizada en 1'150,000 dólares americanos) con otra obligación consistente en la transferencia de la propiedad de un departamento (valorizado en 1'000,000 dólares americanos). A pesar de que los objetos de ambas prestaciones no son fungibles o intercambiables entre sí, las partes pueden convenir en compensarlos, quedando un saldo de 150,000 dólares americanos a pagar por una de las partes.

Supongamos que Luis está obligado a entregar a José quince litros de champú de uso veterinario, valorizado en cien soles. Por su parte, José se compromete a entregar a Luis un lote de cincuenta kilos de alimento balanceado para aves, cuyo valor asciende a doscientos soles. Compensar ambas obligaciones de dar sólo es factible mediante acuerdo de partes. Operada la compensación, Luis queda liberado, en tanto que la obligación de José se reduce a entregar a Luis veinticinco kilos de alimento para aves.

Las partes pueden compensar convencionalmente cualquier tipo de obligaciones, como hemos visto, incluyendo aquellas tan disímiles como las de dar, las de hacer y las de no hacer, siempre y cuando se valoricen éstas, ya que de lo contrario nos estaríamos alejando del concepto de compensación para ingresar al campo de la condonación recíproca. Por ejemplo, se puede acordar compensar una obligación de transportar niños al colegio durante un mes, valorizada en trescientos soles, con una deuda de quinientos soles. La obligación de transportar niños se extinguiría y la deuda dineraria se reduciría a doscientos soles. Pero, si ambas partes convienen en que ambas obligaciones se extingan mutuamente por completo, habría una suerte de compensación con condonación, lo que se asemeja más a un acuerdo liberatorio que a una compensación.

Por otro lado, este tipo de compensación puede pactarse en cualquier momento, desde el instante en que se genera cualquiera de las obligaciones, e incluso antes, habida cuenta de que se puede aplicar no sólo a relaciones obligatorias ya existentes, sino también se puede convenir respecto de relaciones obligatorias futuras, como un mecanismo preventivo (en este último caso se le considera un acuerdo normativo).

Finalmente, hasta el mismo requisito de reciprocidad se puede relativizar en la compensación voluntaria, ante la posibilidad de acuerdos de compensación plurilateral, como ocurre en las cámaras de compensación o en los *clearings* internacionales.

2.5.3. De acuerdo a si opera fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral

La compensación también puede clasificarse en función a si hay o no resistencia de alguna de las partes (o de ambas) para su ocurrencia.

EXTRADICIÓN ACTIVA

2.5.3.1. Compensación extrajudicial

Cuando la compensación opera extrajudicialmente es porque no se ha requerido de ningún proceso para su ejecución. Esto implica la ausencia de conflicto entre las partes respecto de la extinción de las deudas recíprocas.

La compensación extrajudicial opera en los siguientes supuestos:

2.5.3.1.1. Compensación legal

En este caso, al operar la compensación en forma automática desde el instante en que coexisten las deudas recíprocas que se ajustan a los requisitos de ley, no se requiere de ningún proceso judicial, pues se entiende que las deudas ya no existen.

No obstante, en caso de que una de las partes se negara a considerar extinguida su acreencia, insistiendo en mantenerla o cobrarla, la otra parte podría recurrir a un proceso judicial o arbitral (de haberse previsto este último) a efectos de que se declare la compensación. Aquí la resolución judicial no sería constitutiva sino únicamente declarativa. El juez o, en su caso, el árbitro, declarará que la compensación operó en el momento en que ambos créditos coexistieron, retrotrayendo sus efectos a dicha fecha.

2.5.3.1.2. Compensación voluntaria unilateral

Como sabemos, en este caso a cualquiera de las partes le asiste el derecho de oponer la compensación, en el momento en que lo desee, a partir de la coexistencia de ambas deudas recíprocas, siempre y cuando concurran los requisitos de ley. Desde que se opone debe operar, extinguiendo ambos créditos hasta el monto del menor de ellos. Se entiende, pues, que los créditos recíprocos ya no existen luego de la declaración unilateral.

Sin perjuicio de lo señalado, y en forma semejante al caso de la compensación legal, si la parte a quien se opuso la compensación rehusara aceptarla, cabría la interposición de una demanda judicial. La resolución judicial también tendría carácter declarativo y no constitutivo, razón por la cual los efectos de la compensación se retrotraen al momento en que fue opuesta por una de las partes.

2.5.3.1.3. Compensación voluntaria bilateral

Habiéndose originado por voluntad de ambas partes, la compensación voluntaria bilateral surte sus efectos desde el día acordado por ellas. Esta compensación es fundamentalmente extrajudicial, debido a que deviene en producto de la libre voluntad de los contratantes, quienes buscan simplificar sus correspondientes acreencias y deudas en una sola operación contable, evitando el recorrido inútil que implica efectuar los dos pagos por separado. Nada impediría, sin embargo, que tenga lugar dentro del marco de un proceso judicial, pero este supuesto sería más asimilable a una transacción judicial que a una compensación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5.3.2. Compensación judicial

La compensación judicial es, como su nombre lo indica, la que resulta de una resolución de los tribunales de justicia, los que la decretan al dictar sentencia en un proceso.

2.5.3.2.1. A instancia de parte

Este tipo de compensación es la que opone el deudor demandado en juicio para el cumplimiento de una prestación; así, en su contestación a la acción o en su demanda reconvencional, alega un crédito que a su vez tiene respecto del demandante. En este supuesto, la liquidación se realizará en el juicio: el juez reconocerá el crédito alegado, lo evaluará y —finalmente— lo extinguirá con la deuda de la demanda inicial hasta la concurrencia de la obligación de monto menor.

Parte de la doctrina se encuentra en desacuerdo con la compensación judicial, puesto que considera que carece de los caracteres de la compensación, no siendo en la realidad más que una reconvención. Es de esta opinión Manuel Borja[2281], adhiriéndose al criterio de Colin y Capitant, y de Hémard.

Otro sector de la doctrina es de un parecer distinto, es decir, favorable a este tipo de compensación, exigiendo que sea opuesta «[...] mediante reconvención o contrademanda, por cuanto podrían quedar comprometidas las garantías esenciales de la defensa en juicio, si no se diera a la otra parte la posibilidad de contestar la compensación alegada»[2282].

En cuanto al momento en que produce sus efectos la compensación judicial, la doctrina se divide en tres corrientes: una, que considera que los créditos se extinguen desde el instante de su coexistencia en condiciones de ser compensados, por reunirse en ese momento todos los requisitos legales (por ejemplo, desde el instante en que el juez liquidó la deuda del deudor que interpuso la reconvención). Otra corriente postula que sus efectos se inician a partir de la sentencia del juez. Por último, la tendencia más generalizada es reputar a las deudas extinguidas desde que la compensación fue invocada en el escrito de contestación a la demanda o de reconvención, teniendo la sentencia posterior sólo carácter declarativo y no constitutivo.

En opinión nuestra, si el crédito por el que se reconviene cuenta con las características exigidas por la ley para que opere la compensación unilateral, entonces la compensación judicial tendrá un carácter meramente declarativo y sus efectos se retrotraerán al momento en que fue interpuesta la compensación vía reconvención.

Por otra parte, si ambas deudas no reunían las condiciones requeridas por la ley, en el proceso no se podría efectuar (salvo que mediara acuerdo de ambas partes)

2281 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 641.

2282 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 320.

compensación alguna, ni a solicitud de una de las partes ni —mucho menos— de oficio. Si hubiera tal acuerdo, podría llegarse a pensar en la existencia de una compensación judicial de carácter bilateral, aunque en realidad ella revestiría más similitudes con la transacción judicial.

Creemos que el único caso posible de compensación judicial a instancia de parte, cuando no estén presentes todos los requisitos, estaría constituido por aquel en el cual una o ambas deudas sean ilíquidas, ya que serían susceptibles de liquidarse en el referido proceso.

Finalmente, en el caso de litigio promovido por quien no obstante haber opuesto la compensación unilateral, encuentra que la otra parte rehúsa admitir que aquélla ha operado e insiste en mantener vigente su crédito, la respectiva resolución judicial tendrá carácter exclusivamente declarativo y sus efectos se retrotraerán al día en que se opuso unilateralmente la compensación.

2.5.3.2.2. De oficio

Este supuesto ocurre cuando en un proceso judicial el demandante reclama un crédito y a su vez el demandado reconviene pretendiendo otro crédito. La diferencia con el supuesto anterior es que en este caso quien reconviene no opone la compensación judicial, sino simplemente demanda la pretensión de un crédito que a su vez tiene con su acreedor/demandante.

Se trata del caso contemplado en el artículo 1326 del Código Civil, norma que establece que: «Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven».

Un ejemplo podría ser ilustrativo. Sería el caso de un fotógrafo profesional que celebra un contrato de arrendamiento por el plazo de un año respecto a un caballo *pony*, con la finalidad de tomar fotografías a su clientela infantil. El propietario del animal lo demanda judicialmente para el cobro de ciertas mensualidades, pero el fotógrafo reconviene reclamando el pago de una indemnización de daños y perjuicios, debido a que en muchas ocasiones el propietario del caballo no lo dejaba a su disposición, hecho que ocasionó considerables perjuicios al fotógrafo, fundamentalmente derivados de pérdida de clientela.

En esta hipótesis, si el juez admite la demanda y la reconvención, podría compensar los montos de ambos créditos hasta su concurrencia.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el tema está regulado por el artículo 1973 del Código Civil, norma que establece que: «Si la imprudencia sólo hubiera concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, estaríamos en una hipótesis como la planteada si dos personas tuviesen —con sus respectivos automóviles— un accidente automovilístico entre ellas, en el cual las dos hubieran actuado negligentemente.

Una parte demanda a la otra el pago de la suma de diez mil soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios, en tanto que el demandado reconviene el pago de ocho mil soles por aquellos daños y perjuicios que el demandante le causó.

En este caso podría ocurrir que ambas partes hubieran actuado con culpa, vale decir, que ambas se deban una indemnización recíprocamente; pero, de ser así —y los montos demandado y reconvenido correspondieran a la realidad—, entonces, al haber concurrencia de culpas, el juez podría compensar ambas obligaciones y ordenar a aquel que causó daños y perjuicios por diez mil soles que pague a la otra parte solamente dos mil soles, al tiempo de declarar extinguida la deuda de quien causó daños y perjuicios por ocho mil soles.

Si bien ninguno de los litigantes solicita ni alega la compensación, el juez hace uso de su poder jurisdiccional para decretarla, declarando previamente la existencia de dos obligaciones recíprocas.

2.5.3.3. Compensación arbitral

La compensación puede también operar dentro de un proceso arbitral. El arbitraje, como sabemos, es un proceso al que dos partes (demandante y demandado) voluntariamente y de común acuerdo someten un asunto en conflicto a fin de evitar que se ventile ante el Poder Judicial, ya sea por haberlo previsto así en el contrato o porque luego de surgido el problema deciden recurrir a una vía distinta de la judicial. El tribunal arbitral usualmente consta de un solo árbitro o de tres, según convengan las partes, y el laudo emitido por aquél tendrá carácter definitivo. Al quedar consentido o ejecutoriado dicho laudo arbitral equivaldría a una sentencia, siendo eficaz y de cumplimiento obligatorio desde que es notificado a las partes. Su ejecución se realiza al igual que una sentencia, pudiéndose llevar a cabo por los propios árbitros (de encontrarse autorizados para ello) o por el juez del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud.

Puesto que la reconvención procede dentro de un proceso arbitral, y habiendo visto que dicho proceso reviste características similares al proceso judicial —en cuanto a su obligatoriedad y ejecución, que es lo que interesa al tema que venimos tratando—, podemos ver cómo la compensación puede operar dentro de un proceso de esa naturaleza.

2.5.3.3.1. A instancia de parte

En su escrito de reconvención el demandado/deudor puede pretender la ejecución de una deuda a su favor que tiene con el demandante. Si, aduciendo esta acreencia, el reconviniente opusiese la compensación, el árbitro o los árbitros pueden, llegado el momento, fallar compensando ambas deudas hasta el monto de la menor,

EDUARDO CASTILLO TRISTÁN

siempre y cuando las dos prestaciones tengan al menos características de reciprocidad y exigibilidad, y que sus objetos sean fungibles entre sí. Al igual que en la compensación judicial a instancia de parte, el requisito de liquidez para que opere la compensación no es imprescindible, ya que el árbitro se encuentra facultado para liquidar las deudas que todavía no estuvieren liquidadas. Nos remitimos, pues, a lo expresado al analizar la compensación judicial a instancia de parte.

2.5.3.3.2. De oficio

Esta clase de compensación opera cuando el demandado, al reconvenir, no opone ni solicita la compensación, sino sólo pretende la ejecución de un crédito que le adeuda el demandante. Al igual que en la compensación judicial de oficio, no se requiere para su eficacia del elemento voluntario de la invocación por parte del demandado/reconviniente.

Bastaría, como dijimos, la pretensión de un crédito por las dos partes, y que ambas pretensiones se encuentren sustentadas dentro de un proceso —en este caso, arbitral— por demanda y reconvención.

Como las controversias que pueden ser objeto de proceso arbitral son de diversa índole (según el Decreto Legislativo n.º 1071 —que norma el arbitraje—), el laudo arbitral puede incluir compensación de obligaciones contractuales, así como de montos de indemnizaciones provenientes de casos de responsabilidad extracontractual.

Al igual que en el supuesto anterior, nos remitimos a lo expresado en el análisis de la compensación judicial de oficio, por la identidad que existe en el tratamiento de ambas figuras.

2.5.4. De acuerdo con su magnitud

Finalmente, la compensación puede clasificarse tomando como base su magnitud, es decir, según el espectro que abarca con relación a las prestaciones a ser compensadas. Con tal propósito, se divide en dos grandes clases: si al compensar ambas deudas ocurre la extinción completa de ellas, será total; en cambio, si sólo se extinguen parcialmente, se tratará de una compensación parcial.

2.5.4.1. Total

La compensación total se presenta cuando la prestación debida por una de las partes se extingue por completo con la totalidad de la prestación adeudada por la otra. Ello implica la extinción de las obligaciones recíprocas que mantenían ambos sujetos.

Esta clase de compensación se puede dar, según lo hemos visto, en forma legal o unilateral (concurriendo los requisitos de reciprocidad, exigibilidad y liquidez de las obligaciones, y que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí), bilateral (por convenio de compensación, en cuyo caso no se requiere la existencia

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de las condiciones anteriores, salvo la de reciprocidad en las obligaciones), extrajudicialmente o dentro de un proceso judicial o arbitral.

2.5.4.2. Parcial

Se considera parcial la compensación cuando, luego de operada, subsiste parte de la deuda de uno de los sujetos. En este caso, ambos créditos son de disímil magnitud: la compensación extingue las dos deudas hasta el monto en que deje de ocurrir la superposición de ellas, la que finalizará con la deuda de menor cuantía. Esta última quedará, pues, totalmente extinguida y, por ende, su deudor liberado por completo.

El otro sujeto verá desaparecer su obligación en una parte idéntica a la de su crédito. El saldo restante quedará como deuda pendiente, cuyo cumplimiento deberá efectuarse por otro modo de extinción de las obligaciones, o por otra compensación posterior.

Vemos cómo con la compensación de dos deudas de distinta magnitud se produce una división de la prestación mayor, cuya parte extinguida viene a ser una suerte de pago parcial.

Por ejemplo, si María adeuda mil soles a Norma, pero al mismo tiempo es su acreedora por cuatrocientos soles, es decir, ambas son acreedoras y deudoras una de la otra[2283], se pueden neutralizar dichos créditos hasta por la suma de cuatrocientos soles, operando la compensación parcial.

En el caso propuesto, luego de efectuada la compensación, María quedaría como deudora simple, adeudando a Norma la suma de 600.00 soles.

Independientemente de quién la invoque o de cómo se efectúe la compensación, siendo los objetos de ambas prestaciones de distinto importe (si se tratara de bienes, podríamos hablar de volumen o de peso, o medirlos en metros cuadrados, cúbicos o en litros, etcétera), el resultado de aquélla siempre culminará en la eliminación de la prestación de menor monto o cuantía, con la consecuente extinción de la doble condición deudor/acreedor de ambas partes. Subsistirá una sola deuda, un solo deudor y un solo acreedor, al menos respecto de obligaciones cuyos objetos sean fungibles entre sí[2284].

2283 Como sabemos, la compensación puede ser legal (legislación francesa, entre otras) u oponerse por cualquiera de las partes (mayoría de las legislaciones, incluida la peruana) en caso de que ambas obligaciones cumplan, además de la reciprocidad, con los requisitos de exigibilidad, liquidez y fungibilidad de los objetos de sus prestaciones. Podría oponerse en vía judicial o arbitral (en vía de reconvención) si contiene las mismas condiciones, con la única excepción de la liquidez, ya que el juez o el árbitro tienen la facultad de liquidar la obligación. También podrían ambas partes acordar la compensación por convenio, en cuyo caso no sería necesaria la concurrencia de dichos requisitos.

2284 No obstante, podría ocurrir que a pesar de la compensación producida, ambas partes continúen en su doble condición recíproca de acreedor/deudor, pero ya en relación a otras obligaciones. Esto

2.6. Aspectos procesales de la compensación

En nuestro ordenamiento jurídico, la compensación es voluntaria y, como tal, puede ser opuesta judicial o extrajudicialmente.

Cuando la compensación se invoca dentro de un proceso judicial, ésta se opone como defensa previa, pero siguiendo el trámite de una excepción.

De acuerdo con el artículo 455 del Código Procesal Civil, las defensas previas que regulen las normas materiales se proponen y tramitan como excepciones[2285].

En tal sentido, la parte que desee invocar la compensación debe proponerla conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada proceso[2286], sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

---

sucedería si las partes, además de las obligaciones compensadas, producto de cuyo resultado una de ellas ve extinguida su deuda, mantienen otra obligación cuya prestación —a cargo del deudor que extinguió la deuda mencionada— es *intuitu personae*.
Así, podría darse el caso de que Eduardo adeude a Ana la cantidad de mil soles y que además se encuentre obligado a diseñar la papelería personal de Ana. Por otra parte, Ana le debe a Eduardo la suma de mil ochocientos soles. En virtud de la compensación parcial se extinguiría la deuda monetaria de Eduardo, mientras que la de Ana se reduciría a ochocientos soles; la obligación de hacer de Eduardo se mantendría y no sería compensable con el crédito de ochocientos soles que tiene contra Ana.
De este modo, siguen siendo ambos acreedores y deudores uno del otro, pero respecto de obligaciones no compensables.

2285 Jorge Carrión Lugo (Carrión Lugo, Jorge. *Análisis del Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco, 1994, tomo I, pp. 363 y 364), define las defensas previas como los medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el actor realice la actividad que el Derecho sustantivo prevé como acto previo al planteamiento de la demanda.
Las defensas previas, según el Código Procesal Civil, son el beneficio de inventario, el beneficio de excusión de bienes y otras que regula el Derecho sustantivo.
Añade Carrión Lugo que cuando el juez declara fundada una defensa previa, debe ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción. Para tal efecto, el juzgador tiene que dictar la resolución correspondiente.
De otro lado, señala que las costas y los costos de las defensas previas son de cargo de la parte vencida en ellas, y que, evaluando la conducta del actor, el juez puede condenarlo al pago de una multa.
A su turno, Marianella Ledesma (Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 3.ª edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo II, p. 57) sostiene que la defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en proceso, que corresponde al demandado y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla el plazo o el acto previsto por la ley sustantiva como antecedente para el ejercicio idóneo del derecho de acción.

2286 En los procesos contenciosos: a los diez días contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención; en el proceso de conocimiento (argumento del artículo 478, inciso 3, del Código Procesal Civil); a los cinco días contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención, tratándose de un proceso abreviado (argumento del artículo 491, inciso 3, del Código Procesal Civil); al contestarse la demanda en los procesos sumarísimos (argumento del artículo 552 del Código Procesal Civil); y en el mismo plazo que el ejecutado tiene para pagar, tratándose de un proceso de ejecución de garantías (argumento del artículo 722 del Código Procesal Civil).

Asimismo, resultan de aplicación los artículos 448 y siguientes del Código Procesal Civil, relativos a los medios probatorios, tramitación y resolución de las excepciones.

Sobre el tema, Francesco Messineo[2287] anota que la oposición de la excepción de compensación si tiene lugar en juicio, será negocio de Derecho procesal y será, más precisamente, una excepción reconvencional, mientras que, si tiene lugar fuera del juicio, será negocio de Derecho sustancial.

Opinión similar adopta Castañeda[2288], cuando señala que la compensación puede ser opuesta por el demandado en juicio, en su contestación a la acción, y ser declarada por el juez. En tal caso, la compensación se identifica con la reconvención. La compensación judicial es más bien una reconvención que una especie particular de compensación.

2.7. Efectos de la compensación

En lo relativo a los efectos de la compensación, resulta de interés efectuar las siguientes precisiones.

2.7.1. En cuanto a la extinción de las obligaciones

Queda claro que por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles entre un mismo acreedor y deudor.

Reiteramos, empero, que dicha extinción puede ser total o parcial según la cuantía de las prestaciones.

Como lo hemos expresado, cuando se compensan obligaciones de idéntica cuantía, es decir, de igual valor, dichas obligaciones se extinguen de manera total y definitiva. En tanto que cuando el valor de las prestaciones es distinto —por existir una deuda de mayor cuantía—, la extinción de las obligaciones opera de manera total respecto de la deuda de menor valor, y parcialmente respecto de la de mayor valor, que queda subsistente por la diferencia.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2289], por la compensación ambas deudas quedan extinguidas —en su totalidad, en caso de ser ambas iguales; y sólo hasta donde alcance el monto de la menor, de no serlo—. En este último supuesto, el acreedor por el importe mayor, en cierta forma, se ve obligado a recibir un pago parcial, pero ello no lo perjudica pues es exactamente lo mismo que si percibiera de su deudor el importe de su crédito y se lo volviera a entregar en pago de su deuda; le quedaría en su poder la diferencia, que es exactamente lo mismo que percibiría con el procedimiento de la compensación.

2287 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 383 y ss.
2288 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 268.
2289 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 312.

Rezzónico[2290] ilustra lo anotado con el siguiente ejemplo. Si te debo mil dólares americanos y me debes mil dólares americanos compensemos nuestras deudas para quedar a mano y nada debernos. En cambio, si te debo mil quinientos dólares americanos y me debes mil dólares americanos, compensemos nuestras deudas: toma quinientos dólares americanos y quedemos a mano.

2.7.2. En cuanto a las garantías de las obligaciones

En un supuesto de compensación total en el que ambas obligaciones se extinguen de manera definitiva y absoluta, es consecuencia natural que las garantías reales o personales constituidas para asegurar su pago también se extingan.

No obstante, tratándose de un caso de compensación parcial en el que la deuda originalmente mayor queda subsistente por el saldo no compensado, resulta claro que no habrá extinción, sino sólo reducción de garantías por acuerdo entre acreedor y deudor o, en su defecto, por mandato judicial.

En torno al tema, Cazeaux y Trigo Represas[2291] anotan que como efecto de la extinción de la obligación principal se extinguen asimismo todos sus accesorios, como son fianzas, hipotecas, privilegios, cláusulas penales, etcétera.

Tratándose de compensación parcial, en principio, la extinción de los accesorios debe operarse en igual medida. Pero esto no ocurre con aquellos accesorios que ostentan el carácter de «indivisibles», como son la hipoteca y privilegios, que garantizan la obligación total *in toto et tota in qualibet parte*, subsistiendo íntegramente hasta la cancelación total de la deuda; y también en el caso de la cláusula penal, si la prestación convenida como tal es de naturaleza indivisible, aunque no lo fuese la principal.

Jorge Cubides Camacho[2292], por su parte, señala que, al extinguirse las obligaciones principales, como consecuencia obvia se extinguen los accesorios de cada uno de los créditos, como las hipotecas y fianzas, siempre y cuando los créditos compensados sean del mismo valor. Sin embargo, si las obligaciones principales se han extinguido parcialmente, quedando un remanente, las garantías subsisten, pero se reducen en proporción al monto del saldo.

Con igual parecer, Ospina —citado por Cubides Camacho—[2293] expresa que, si dichos créditos son de distintos valores, se extinguen los accesorios del crédito menor, no así los del mayor, cuyo saldo no compensado continúa provisto de sus intereses, privilegios y garantías, aunque, claro está, con las reducciones a que hubiere lugar.

2290 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, p. 988.
2291 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 312.
2292 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 407.
2293 *Idem.*

Ahora bien, el Código Civil peruano reconoce la característica de la hipoteca en el artículo 1102[2294].

Por tal virtud, la extinción parcial de la obligación mediante el pago o cualquier otro medio extintivo no determina la cancelación de la hipoteca. Ello ocurre únicamente si el crédito del acreedor ha sido satisfecho totalmente.

Recuérdese que la indivisibilidad de la prenda o la hipoteca no depende de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito que garantizan. Por ello, si el acreedor recibe un pago parcial, tales garantías subsisten en su totalidad y podrían ser ejecutadas como si el acreedor no hubiere recibido pago alguno.

Sin embargo, según anota Vásquez Ríos[2295], el Código Civil ha previsto la figura de la reducción de la hipoteca para menguar los efectos de la indivisibilidad que a éstas asiste y facilitar al deudor el acceso a nuevas y futuras operaciones crediticias, puesto que, mediante la reducción voluntaria o judicial de las garantías otorgadas, los bienes de su propiedad se liberarán de cargas económicas.

En lo referente a la reducción voluntaria o judicial de las garantías, resultan de aplicación los artículos 1115 y 1116 del Código Civil[2296].

En lo relativo al supuesto en el que alguno de los créditos compensables se haya garantizado mediante una fianza, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos sobre este tema.

2.7.3. En cuanto al pago de intereses

Luego de producido un supuesto de compensación parcial, y siempre que el saldo no compensado sea una deuda dineraria o no pecuniaria, podrían devengarse intereses. Nos explicamos.

Si entre la fecha en que ha operado la compensación y el día del pago (de la parte no compensada de la deuda) media un lapso durante el cual los contratantes han convenido el devengamiento de intereses compensatorios, éstos empezarán a generarse desde el momento en que se ha producido la compensación[2297].

2294 Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.

2295 Vásquez Ríos, Alberto. *Los derechos reales de garantía*. Lima: Editorial San Marcos, 1995, pp. 42 y 43.

2296 Los textos de dichos preceptos son los siguientes:
Artículo 1115.- El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor. La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro.
Artículo 1116.- El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente.

2297 Como se sabe, en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia de la compensación se verifica desde la fecha en que una parte opone a la otra la compensación y no con efectos retroactivos desde la coexistencia de ambos créditos.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

En ausencia de pacto, mal podría el acreedor pretender el pago de intereses compensatorios.

Recuérdese que por regla general los intereses compensatorios se devengan en virtud del acuerdo de partes, a excepción del contrato de mutuo, en cuyo caso —por mandato de la ley— el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

Opinión similar tienen Cazeaux y Trigo Represas[2298] cuando señalan que, si la compensación fuese sólo parcial, el saldo insoluto continuará devengando intereses al tipo convenido desde el día de la compensación en adelante.

Pero cabe preguntarse qué ocurriría si producida la compensación ya venían devengándose tales intereses, esto es, si el deudor continúa obligado al pago de éstos, o si tales intereses se extinguen por compensación.

En opinión de Jorge Cubides[2299], los intereses de los créditos extinguidos por la compensación dejan de correr, aunque estos créditos produzcan intereses desiguales, o, aunque sólo uno de ellos los produzca.

Cazeaux y Trigo Represas[2300] señalan que, si las deudas compensadas producían intereses, éstos dejan de correr desde que empezaron a coexistir en condiciones de ser compensadas.

Por nuestra parte, discrepamos con los autores citados.

A nuestro modo de ver, el deudor continúa obligado al pago de la deuda de intereses, aun cuando la obligación principal —la cual los generó— se haya extinguido por compensación.

Sin embargo, a partir de la fecha en que ha operado la compensación, los intereses compensatorios continuarán devengándose ya no sobre el total de la obligación principal, sino sobre la parte no compensada de ésta, hasta el día del pago efectivo de esta última.

En lo relativo a los intereses moratorios, precisa anotarse que éstos se devengarán por mandato de la ley o en virtud del acuerdo de las partes sólo si en la fecha prevista para el cumplimiento de la parte de la deuda no compensada el deudor que ha retrasado el pago ha sido constituido en mora o ha incurrido en alguna de las causales de mora sin interpelación (artículos 1333 y siguientes del Código Civil).

ESTUDIO OLAECHEA CASTILLO FREYRE

2298 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 313.
2299 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 407.
2300 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 313.

2.8. La compensación en la obligación con pluralidad de objeto

Como sabemos, cuando hablamos de las obligaciones con pluralidad de objeto estamos haciendo referencia a las obligaciones que tienen más de una prestación, vale decir, a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.

Por tanto, corresponderá analizar el tema propuesto estudiando de manera independiente cada una de estas obligaciones.

2.8.1. La compensación en las obligaciones conjuntivas

La obligación conjuntiva (tema no regulado en el Código Civil peruano) es aquella en la cual existen dos o más prestaciones, todas las cuales deben ser cumplidas en su integridad.

En tal sentido, una obligación conjuntiva podría estar compuesta por prestaciones de la misma naturaleza o por prestaciones de distinta naturaleza.

Asimismo, podríamos encontrarnos en la eventualidad de que el acreedor de la obligación conjuntiva sea a su vez deudor de su contraparte de esa obligación, respecto a otra obligación.

En este caso, al presentarse el elemento de la reciprocidad podría existir un eventual supuesto de compensación.

Así las cosas, cabría formular la pregunta de qué es lo que se puede compensar. Ello dependerá (si nos encontramos ante una compensación unilateral) de que la obligación de objeto singular cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley respecto de la obligación conjuntiva (vale decir, respecto a la obligación de objeto plural), especialmente el requisito de la fungibilidad de los objetos de las respectivas prestaciones.

En este sentido, sería posible encontrarnos ante el caso en el cual la obligación de objeto singular fuera compensable total o parcialmente con sólo una de las prestaciones de la obligación de objeto plural, en caso de que únicamente una de ellas sea de objeto fungible y homogéneo con la de objeto singular.

Pero también cabría imaginar el supuesto en el cual la obligación de objeto singular fuese susceptible de compensarse unilateralmente respecto a más de una prestación de la obligación conjuntiva o —de ser el caso— en relación con la integridad de dichas prestaciones, siempre y cuando algunas o todas ellas presenten el requisito de homogeneidad a que hemos hecho referencia, caso en el cual también podremos encontrarnos ante una compensación total o parcial.

También sería susceptible de presentarse en la práctica el caso de una compensación que opere respecto de dos obligaciones conjuntivas entre sí, ya sea respecto de una, algunas o todas sus prestaciones, y que ella sea total o parcial, siguiéndose con tal finalidad las mismas pautas y consideraciones aducidas anteriormente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.8.2. La compensación en las obligaciones alternativas

Como se recuerda, la obligación alternativa es aquella en la cual existen dos o más prestaciones, de las cuales —en principio el deudor, pero por pacto el acreedor o un tercero— se debe escoger una para que el deudor cumpla con ella.

En tal sentido, la obligación alternativa puede tener innumerables prestaciones al tiempo de su nacimiento, pero se convierte, antes de su cumplimiento, esto es, al tiempo de elección de la prestación, en una obligación de objeto singular.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que, si se trata de una compensación de carácter unilateral, ella sólo podría oponerse en la eventualidad de que ya se hubiera producido la elección de la prestación con la que se tendría que cumplir.

Si dicha elección no se produce y ella correspondía al deudor, será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1144 del Código Civil (por remisión del artículo 1162, tercer párrafo, del propio Código), norma que prescribe que, si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. En tal caso, si el acreedor de esa obligación desea compensarla con una propia, tomaría el turno perdido por el deudor para efectuar la elección de la prestación que más le convenga, la que, obviamente, deberá reunir los requisitos de la compensación unilateral, a sola invocación de parte.

Si la elección se hubiese confiado 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, cuando ella sea procedente (argumento del tercer párrafo del artículo 1144, por remisión del tercer párrafo del artículo 1162 del Código Civil).

Será evidente que, en este caso, quien desee compensar de manera unilateral deberá estar sujeto a las resultas de dicha elección, la que al ser efectuada por un tercero o por el juez, escapará a su ámbito o esfera de control, lo que equivale a decir que se tendrá que sujetar a lo decidido por dicho tercero o, en su caso, por el juez (decisión que en las obligaciones alternativas no es siquiera impugnable). Esto traerá como corolario que la prestación elegida por el tercero o por el juez pueda ser una respecto de la cual no proceda la compensación unilateral por no reunirse los requisitos previstos por la ley.

En el caso de las obligaciones alternativas en que las partes han acordado que el acreedor sea quien efectúe la elección, y dicho acreedor la efectuase, será obvio que si él desea compensar unilateralmente escogerá aquella prestación que se adecue a sus intereses. De lo contrario, vale decir, si no efectúa la elección dentro del plazo previsto en el título constitutivo de la obligación, será de aplicación lo dispuesto por el citado segundo párrafo del artículo 1144 del Código Civil, precepto que prevé que si el acreedor omite efectuar la elección

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al deudor (artículo aplicable según la norma de remisión del artículo 1162, tercer párrafo, de dicho Código), lo que podría ser inconveniente para el acreedor, pues el deudor estaría en aptitud de elegir una prestación no susceptible de ser compensada de manera unilateral.

Resulta claro, por lo demás, que en el caso materia de análisis podríamos encontrarnos ante un supuesto de compensación unilateral de una obligación alternativa, respecto a una obligación que revista el mismo carácter (vale decir, que también sea alternativa y no se trate de una obligación de objeto singular o simple).

2.8.3. La compensación en las obligaciones facultativas

En el supuesto de las obligaciones facultativas, como se recordará, nos encontramos también ante una obligación de objeto plural, compuesta por una prestación de carácter principal y por otra de carácter accesorio.

Así las cosas, si el deudor de una obligación facultativa desease compensarla unilateralmente con una simple, podría hacerlo en tanto se den los requisitos exigidos por la ley para ese efecto, ya sea invocando para tal compensación la prestación accesoria (dado que él es el único que puede ejercer la opción entre cumplir con la prestación principal o ejecutar la accesoria, teniendo en cuenta que en las obligaciones facultativas este derecho no puede ser ejercido por el acreedor ni por un tercero) o la prestación principal.

Por su parte, si fuese el acreedor de una obligación facultativa quien quisiera oponer la compensación, sólo podría hacerlo respecto a la prestación principal —nunca respecto a la accesoria—, y siempre y cuando concurrieran los requisitos previstos por la ley.

También es necesario señalar que resultaría factible compensar de manera unilateral una prestación facultativa respecto a otra prestación de la misma naturaleza, con las limitaciones que hemos señalado.

Antes de finalizar estos tres primeros puntos —(1.8.1.), (1.8.2.) y (1.8.3.)—, consideramos necesario precisar que en ellos la compensación bilateral o por acuerdo de partes siempre será factible, más allá de faltar algunos de los requisitos establecidos por la ley para la compensación unilateral.

2.8.4. La compensación entre obligaciones con pluralidad de objeto, que tengan carácter diferente

Estamos planteando el supuesto de si resultaría factible compensar obligaciones conjuntivas respecto a obligaciones alternativas o facultativas; o compensar obligaciones alternativas respecto a obligaciones conjuntivas o facultativas; o, finalmente, compensar obligaciones facultativas respecto a obligaciones conjuntivas o alternativas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La respuesta a estos temas es obviamente afirmativa, habida cuenta de que cabría la posibilidad de oponer la compensación unilateral, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por la ley para que ella opere.

Asimismo, y con mayor razón, resultaría posible efectuar una compensación bilateral o convencional en relación con estas obligaciones, pues nada se opone a ello, ni en la teoría ni en la práctica.

2.9. La compensación en la obligación con pluralidad de sujeto

Nos estamos refiriendo, naturalmente, a las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

2.9.1. La compensación en las obligaciones divisibles

Las obligaciones divisibles se rigen por los artículos 1172, 1173 y 1174.

Por la primera de las normas mencionadas se establece el principio básico de funcionamiento de una obligación de carácter divisible, al señalar que: «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».

En tal sentido, si queremos hablar de la compensación en sede de obligaciones divisibles, tendremos que hacerlo, necesariamente, respecto a la que pueda operar entre uno de los codeudores y el acreedor común o alguno de los coacreedores y el deudor común de esa obligación divisible, que a su vez sea deudor de otra prestación respecto al codeudor del que estamos hablando.

Dentro de tal orden de ideas, la compensación podría operar tanto de manera unilateral como bilateral (en caso de que faltase alguno de los requisitos exigidos por la ley para que opere la compensación unilateral).

2.9.2. La compensación en las obligaciones mancomunadas

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1182 del Código Civil, las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. En tal sentido, les resultan aplicables los artículos 1172, 1173 y 1174.

Así, dado el tratamiento de remisión que tienen las obligaciones mancomunadas, les son aplicables plenamente nuestros comentarios sobre las obligaciones divisibles.

2.9.3. La compensación en las obligaciones solidarias

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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. El debate se centra en la determinación del carácter «personal» de la excepción de compensación.

Según el modelo francés (artículo 1294 del *Code*), un deudor solidario no puede oponer en compensación lo que el acreedor deba a sus codeudores. Este precepto ha sido acogido por diversas legislaciones, entre las cuales se encuentra la peruana. La corriente contraria, que se inclina más hacia la naturaleza jurídica de la solidaridad que hacia la de la compensación, indica que la calidad de deudor existe en cada uno de los obligados, por lo que no ve impedimento alguno en que se produzca la compensación con el crédito que uno cualquiera de los codeudores —sin interesar si fue o no el demandado para el pago— tuviese contra el acreedor.

De acuerdo con esta posición doctrinaria, el Derecho argentino faculta al deudor solidario a invocar la compensación del crédito propio, así como también el de otro de los codeudores solidarios (artículo 830 del Código Civil argentino).

Esta norma ha sido objeto, como dijimos, de un largo debate y sometida a críticas, ya que, a decir de Boffi Boggero[2301], la solución es coherente con la naturaleza jurídica de la solidaridad, «[...] aunque no desconocemos —al margen de expresiones como el "pagar con el bolsillo de otros", etcétera—, que hay graves motivos para dar solución distinta desde el punto de vista de la política jurídica».

Admite dicho autor el problema suscitado por tal posición legal, pero se inclina a favor de ella, considerando que es preferible no romper con el concepto de solidaridad, ya que de adoptarse, afirma, «[...] cualquiera de las posiciones ajenas a la del Código Civil —eso sí— se habría establecido una nueva excepción a la unidad de vínculo y, por tanto [...], "el haz activo o pasivo" habría traspuesto "el límite que va de las relaciones internas, donde vive la multiplicidad de créditos o deudas, a las externas"».

Cazeaux y Trigo Represas[2302] manifiestan su adhesión a tal criterio, señalando que es una resultante lógica de la estructura de las obligaciones solidarias, las cuales, al crear una vinculación tan estrecha entre los coobligados, los unifican, formando la ficción de un solo sujeto pasivo.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 adoptó una posición intermedia, consistente en permitir al codeudor solidario alegar la compensación del crédito de su coobligado, pero sólo hasta por la parte adeudada por éste.

2301 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo iv, p. 399.

2302 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo ii, p. 314.

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, necesarios 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[2303].

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.

Ahora bien, caso distinto sería 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, líquidas y de prestaciones de 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

2303 El artículo 1188 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:
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. (La cursiva es nuestra)

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).

2.9.4. La compensación en las obligaciones indivisibles

En el caso de las obligaciones indivisibles, la compensación opera en forma similar a las obligaciones solidarias, ya que el codeudor que compensa con su acreencia puede repetir contra los demás codeudores. Al igual que en la solidaridad pasiva, sólo el deudor titular de un crédito compensable con el acreedor puede oponer la compensación y no los demás codeudores. Realizada la compensación, se extingue la obligación indivisible.

Sin embargo, en las obligaciones indivisibles con pluralidad de acreedores (indivisibilidad activa), la compensación entre el deudor y uno de los coacreedores no extingue la obligación respecto del resto de coacreedores, sino únicamente reduce su cuantía[2304].

De esta forma, el deudor que compensó la obligación deberá igualmente ejecutar la prestación original con los demás coacreedores, pero exigiéndoles el reembolso de la parte del acreedor con quien realizó la compensación o, en todo caso, la garantía de dicho reembolso. De otra forma estaría cumpliendo con exceso la prestación a la que se obligó originalmente.

Supongamos que José se obliga a entregar un perfume francés a Ana y a Rosario. A su vez, Ana contrae una obligación con José, consistente en entregarle un bien idéntico. Ya sea por acuerdo de partes o por haber sido invocada unilateralmente, opera la compensación entre ambas obligaciones, es decir, entre las deudas recíprocas de José y Ana. Sin perjuicio de tal compensación, por tratarse de una prestación indivisible subsiste la obligación de José respecto a Rosario: ésta última puede exigirle la entrega del perfume. Según la norma citada, José debe cumplir con su obligación principal, pero puede exigirle a Rosario el reembolso del valor de la porción del perfume correspondiente a Ana.

2304 En este sentido, el artículo 1179 de nuestro Código Civil establece lo siguiente:
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. (La cursiva es nuestra)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de finalizar el estudio de la compensación en las obligaciones divisibles, mancomunadas, indivisibles y solidarias, debemos necesariamente hacer referencia a las diversas combinaciones susceptibles de producirse en cuanto a las obligaciones con pluralidad de sujeto.

Como se recuerda, toda obligación de sujeto plural obligatoriamente será divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria.

De acuerdo con el régimen legal peruano, si la obligación fuese divisible y mancomunada, serían aplicables las normas de las obligaciones divisibles, lo que equivale a decir que aplicaríamos los conceptos vertidos cuando analizamos la compensación respecto a las obligaciones divisibles.

Si la obligación fuera divisible y solidaria, resultarían aplicables las normas de la solidaridad, razón por la cual hacemos extensivas a este supuesto nuestras consideraciones sobre la compensación en las obligaciones solidarias. Con similar criterio, en el caso de las obligaciones indivisibles y mancomunadas, se aplicarían las reglas de la indivisibilidad que hemos estudiado.

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, norma propia de las obligaciones solidarias, pero que también resulta pertinente cuando estamos en presencia de una obligación indivisible y solidaria, en virtud de lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

2.10. Diferencias de la compensación con otras figuras jurídicas

2.10.1. Con el derecho de retención

Sabemos que la extinción de las obligaciones opera, para el caso de la compensación, mediante un balance de deudas que se realiza reteniendo cada deudor lo que debe, en tanto coincide con lo que a su vez le adeuda su acreedor, y pagándose a sí mismo con lo que debe a la parte contraria.

Rezzónico[2305] refiere que ya en Roma se afirmaba que era mejor retener que demandar o pedir la devolución (*mellius est non solvere quam solutum repetere*).

A decir de Machado, citado por Cazeaux y Trigo Represas[2306], la necesidad de la compensación se funda en que está en nuestro interés retener lo que nos es debido, antes que intentar una acción para hacernos devolver lo que hemos pagado.

2305 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, p. 987.

2306 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 293.

Llambías[2307], por su parte, precisa que en la compensación cada acreedor recibe el pago parcial o total de su crédito mediante la retención de lo que cada uno debe, sin necesidad de efectuar desplazamiento de bien alguno.

Por ello, no son pocos los autores que equiparan la compensación con el derecho de retención.

Al respecto, Saleilles, citado por Huc[2308], anota que los teóricos alemanes gustan de comparar el derecho de retención con la compensación, pues en ambos casos hay deuda recíproca y uno de los deudores pide se le autorice a rechazar el pago que adeuda. En el caso del derecho de retención, el deudor rechaza el pago para forzar a su acreedor a pagarle lo que éste le debe y, por lo tanto, es un medio de coacción para obtener un pago. En el caso de la compensación, se trata de dos deudas fungibles entre sí, líquidas y exigibles, y entonces el deudor se paga sobre lo que él mismo se debe o, en otros términos, no pagando lo que debe. El derecho de retención es un tipo de posesión temporal producida en sí misma, pero que sólo dura hasta la entrega. La compensación es una verdadera posesión que produce la liberación recíproca.

Por otro lado, al igual que la compensación, el derecho de retención se invoca unilateralmente, vale decir, no necesita pactarse de antemano[2309].

Según hemos anotado, por la compensación el acreedor se paga con lo mismo que él debe, reteniendo la suma de que es deudor. Desde este punto de vista, la compensación podría constituir una forma particular de retención, pero a título definitivo.

Sin embargo, la compensación y el derecho de retención son dos instituciones con naturaleza y fines diversos[2310].

El derecho de retención es la potestad que la ley civil reconoce al deudor —poseedor de un bien ajeno y acreedor de su propietario— de continuar en la

2307 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 190.

2308 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 236.

2309 Sobre el particular, Guillermo Lohmann (Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *Temas de Derecho Civil*, Lima: Universidad de Lima, 1991, p. 169) afirma que la tipicidad de las garantías reales requiere un acto de voluntad positivo y conforme del deudor (o de un tercero garante) para afectar el bien que le pertenece a favor del acreedor.
En la retención no hay tal acto de voluntad, el poseedor del bien lo retiene —lo sujeta— sin la necesaria anuencia del deudor del crédito e incluso contra su voluntad.

2310 Jorge Eugenio Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 269 y 270) refiere que el deudor que al mismo tiempo es acreedor de su acreedor tiene prerrogativas sobre el activo del acreedor que se encuentra en sus manos. Esto acerca la compensación a otros institutos en que el acreedor es deudor de su deudor, como ocurre en el derecho de retención en que existen deudas conexas.
La compensación, no obstante, es más enérgica que el derecho de retención, pues este último sólo constituye garantía, seguridad. Además, la compensación no requiere que exista conexión entre las obligaciones que se compensan, como ocurre en el derecho de retención.

LUIS ANTONIO MARIO CASTILLO FREYRE

posesión de dicho bien, de manera temporal, hasta que su propietario satisfaga o garantice el crédito que adeuda a aquél.

La compensación, por su parte, es un medio extintivo de obligaciones.

El derecho de retención procede cuando el acreedor del bien, a su vez deudor de un crédito ante el poseedor, no cumple la prestación debida ni garantiza dicho cumplimiento[2311].

La compensación, en cambio, procede cuando cada contratante es simultáneamente acreedor y deudor uno del otro respecto de obligaciones líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles.

Por otra parte, el derecho de retención se ejercita siempre que exista conexión entre el crédito y el bien que se retiene (argumento del artículo 1123 del Código Civil). Para el caso de la compensación, los créditos pueden provenir de distinta fuente, vale decir, las obligaciones compensables entre sí no requieren de conexión alguna.

Al respecto, Valencia Zea[2312] precisa que para alegar la compensación no se exige que los créditos tengan una misma fuente, es decir, que sean conexos, diferenciándose en esto la compensación del derecho real de retención, en el cual se exige que la deuda por la cual nace ese derecho sea conexa con la retenida y que está obligado el deudor a devolver. Así, por ejemplo, el usufructuario puede retener la cosa fructuaria, en razón de expensas o mejoras hechas en la misma cosa, de las cuales debe indemnizarlo el nudo propietario, pero no puede ejercer el derecho de retención en razón de un crédito diferente; la compensación, en cambio, tiene un campo de aplicación más amplio.

2.10.2. Con el pago propiamente dicho

Otra de las figuras con las que la doctrina suele equiparar a la compensación es con el pago.

Según Salvat[2313], algunos autores atribuyen a la compensación el valor de un pago simplificado y, por lo tanto, la equiparan a éste. Pero existen quienes afirman que en la compensación no hay cumplimiento y, por ello, la compensación es la antítesis del pago, pues con él sólo guardan equivalencia en cuanto a la liberación del deudor y a sus efectos.

2311 Así lo establece el artículo 1123 del Código Civil: «Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene».

2312 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 444 y 445.

2313 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, p. 87.

En este sentido, Levenhagen[2314] señala que la compensación no es nada más que una forma de pago, pues extingue las obligaciones. Sin embargo, precisa, difiere del pago propiamente dicho porque la extinción de la obligación ocurre obligatoriamente por fuerza de la ley, no habiendo necesidad de que el deudor entregue al acreedor la suma debida.

Con un parecer distinto, Barassi[2315] anota que la compensación no puede equipararse al pago para justificar su efecto extintivo. La compensación sustituye a la prestación y no es, por tanto, una forma de pago; además, tiene la ventaja de ahorrar el transporte de la cosa debida, lo cual explica que a veces se considere más útil esta forma de liberación.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[2316] refieren que tradicionalmente la compensación ha sido considerada y caracterizada como un doble pago recíproco y ficticio, abreviado o simplificado, con lo cual se le equiparaba al pago, dentro de los medios extintivos de las obligaciones.

No obstante, la tendencia más moderna sostiene que la compensación es la antítesis del pago, pues si su consecuencia es la de suprimir el cumplimiento efectivo de las prestaciones, no puede haber pago real, ni ficticio.

En efecto, por el pago el deudor cumple íntegramente la prestación debida —y no otra—. Por la compensación se tiene por cumplida la prestación originalmente pactada a cambio de la extinción del crédito que asiste al deudor contra su acreedor. Luego, a nuestro modo de ver, parece desacertada la tesis que pretende explicar la naturaleza de la compensación mediante el pago.

De similar opinión es Salvat[2317], cuando señala que, si se suprime el cumplimiento recíproco de las dos prestaciones, no puede haber pago real ni ficticio.

En nuestra opinión, la compensación es una figura con personalidad propia, cuyos efectos se vinculan al pago sin serlo en estricto. Más aún, como señaláramos, podría verse como la antítesis del pago, ya que precisamente suprime el cumplimiento efectivo de las prestaciones recíprocas. Sin embargo, desde el punto de vista de la simplificación de dos movimientos de numerario mediante una sola operación, podría considerarse un pago ficticio. Al mismo tiempo, al ser un medio extintivo de las obligaciones que no importa una liberalidad, sino, por el contrario, una suerte de ejecución de garantía por lo mismo a su vez adeudado (recordemos las características de fungibilidad y homogeneidad exigidas por la norma), podemos relacionarla con el pago en cuanto a sus efectos y a la satisfacción del lado acreedor de cada una de las partes.

2314 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 154.
2315 Barassi, Lodovico. *Op. cit.*, tomo II, p. 204.
2316 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 293 y 294.
2317 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo III, p. 87.

En contraste con lo expuesto, resulta pertinente además remitirnos a la Casación n.º 902-2016-Lima, de fecha 25 de noviembre de 2016, la misma que determina que no se configura la compensación pues se ha realizado el pago de la obligación en sus términos, «[...] 4) La deuda exigible a la demandada es por el monto de veintinueve mil treinta y un dólares americanos con ocho centavos (US$.29,031.08), más intereses legales, por las obligaciones contraídas en los meses de agosto, octubre y noviembre de dos mil cinco; en ese sentido, apreciándose que tanto la obligación de pago de la demandada por veintinueve mil treinta y un dólares americanos con ocho centavos (US$.29,031.08) (derivada de los servicios de desaduanaje, almacenamiento y transporte), más los intereses legales, como la obligación de la demandante de restituir el pago otorgado como anticipo por la suma de treinta mil dólares americanos (US$.30,000.00), son recíprocas, líquidas, exigibles, fungibles y homogéneas, procede la compensación de ambas obligaciones, conforme al artículo 1288 del Código Civil. [...] *Vigésimo sexto*.- La infracción normativa denunciada por la recurrente por aplicación indebida del artículo 1288 del Código Civil, deviene en este caso en estimable pues los treinta mil dólares americanos (US$.30,000.00) cuya compensación solicita la demandada han sido entregados por ella conforme se aprecia de la liquidación número 21636, al haber sido descontado del importe mayor que se indica en la citada liquidación, aspecto que no ha sido cuestionado u observado por la demandada en el decurso del proceso, tanto más, cuando inclusive existe un reconocimiento expreso de la emplazada, según se verifica de su escrito de contestación de demanda. Por consiguiente, la denuncia casatoria en este extremo deviene en fundada al existir aplicación indebida del artículo 1288 del Código Civil, debiendo en consecuencia entenderse la compensación en los términos establecidos por el Juez de la causa».[2318]

2.11. Supuestos de renuncia a la compensación

Sabemos que la compensación opera sobre la base del ejercicio voluntario —de una o de ambas partes— del derecho a extinguir o reducir su deuda con su acreencia recíproca, en una operación de tipo «pago ficticio» cuyas características son más contables que de ejecución en sí. Por ende, uno de los aspectos más importantes de esta figura radica en el arbitrio de cada una de las partes para ejercer esa atribución, según su conveniencia, pudiendo optar ya por la neutralización de dichas obligaciones recíprocas vía compensación, ya por el mantenimiento de los respectivos créditos, conservando de esta forma la independencia de las obligaciones.

Nadie más que las partes directamente involucradas, quienes detentan obligaciones recíprocas, puede oponerla; ni el juez ni el árbitro pueden declararla de

2318 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

oficio —salvo en los casos que antes hemos analizado—, así como tampoco pueden alegarla los codeudores solidarios[2319].

Siendo facultativa la compensación, es evidente que también puede ser objeto de renuncia.

La renuncia puede manifestarse expresa o tácitamente. La renuncia expresa se puede realizar, como veremos, en cualquier momento desde el nacimiento de la obligación hasta su ejecución, en tanto que la manifestación tácita de la voluntad de renunciar a la compensación es un acto o una conducta que se produce con posterioridad al nacimiento de la obligación.

2.11.1. Renuncia expresa

Así como invocar la compensación es una atribución discrecional de las partes, su renuncia a ella también lo es. Concurriendo las condiciones previstas por la ley para que opere la compensación unilateral, el ejercicio de su renuncia por una de las partes no se encuentra bajo el control de la otra. Esta renuncia, que siempre es voluntaria, se realiza en forma expresa cuando sus términos son explícitos.

La renuncia expresa puede originarse en un convenio celebrado entre ambas partes —bilateral— o mediante declaración unilateral.

Nuestra norma positiva regula la renuncia expresa bilateral en la última parte del artículo 1288 del Código Civil vigente, donde se establece —en forma semejante al Código derogado— la exclusión de la compensación por «común acuerdo».

Nos resulta reiterativa la inclusión en la norma de la posibilidad de renunciar por acuerdo de voluntades, ya que no siendo la compensación —al igual que la prescripción— de orden público sino de exclusivo interés privado, no estando impuesta por la ley, e indicando el citado precepto el requisito que puede oponerse unilateralmente —con lo cual se consagra su carácter voluntario—, entonces es evidente que el acuerdo sobre su renuncia forma parte de la libertad contractual, por medio de la cual las partes pueden determinar el objeto del acto jurídico.

El convenio de renuncia a la compensación puede celebrarse al momento de constituirse las obligaciones respectivas, no siendo necesario que se encuentre pactado en ambas. Bastará que en una de ellas se haya estipulado dicha renuncia, para que ya no se pueda compensar con la otra (aunque esta última no contemple la renuncia). Así, un contrato de compraventa puede contener válidamente una cláusula en la que se acuerda la no compensación del pago con alguna otra obligación existente o futura entre el vendedor y el comprador. En mérito de este contrato,

2319 La única excepción estaría dada en el caso de los garantes, quienes sí se encuentran facultados para oponer unilateralmente la compensación de la deuda que están garantizando con el crédito que el deudor principal tenga contra el acreedor. Sobre el tema, nos remitimos a lo que expondremos al realizar el análisis del artículo 1291.

el comprador no podrá oponer la compensación de su prestación, aunque venza una obligación de su acreedor para con él que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para la compensación unilateral.

Asimismo, la renuncia a la compensación se puede concertar ulteriormente a la constitución de las respectivas obligaciones. Puede convenirse en cualquier momento: antes de ser tales obligaciones exigibles (por ejemplo, si estaban sometidas a plazo), cuando la obligación de una parte es exigible y la de la otra aún no lo es, o siendo ambas obligaciones ya exigibles. Inclusive, cuando una de las partes —por ejemplo, mediante carta notarial— opone la compensación a la otra, y esta última la convence de que renuncie a dicha compensación —manteniéndose así la independencia de ambas obligaciones—, pueden dejar sin eficacia tal compensación (evidentemente, antes de que surta sus efectos) y convenir su exclusión.

Con el fin de concertar la exclusión o renuncia de la compensación, resulta indiferente si concurren o no los requisitos exigidos por la ley para oponerla.

Como señalamos anteriormente, se puede renunciar a la compensación por acuerdo bilateral o mediante declaración unilateral. En este último caso, la parte que no renunció mantiene su derecho a invocar la compensación.

Por ejemplo, si María y Pedro tuvieran dos obligaciones recíprocas compensables, podrían darse los siguientes supuestos:

(a) Sólo María renunció de manera expresa a oponer la compensación. En este caso únicamente Pedro podría oponer dicha compensación.

(b) Si ambas partes renunciaron a la compensación por convenio bilateral o mediante dos declaraciones unilaterales independientes, ninguna podría oponerla. La única posibilidad de que opere la compensación sería si ambas partes acuerdan dejar sin efecto el convenio bilateral de renuncia, o una de ellas faculta a la otra a invocarla.

Finalmente, se debe interpretar la renuncia en forma limitativa al crédito al que concierna; empero, por las mismas razones, no habría inconveniente en que se produzca una renuncia de carácter general.

2.11.2. Renuncia tácita

Las partes también pueden renunciar a la compensación de manera tácita, es decir, sin que medie declaración expresa que indique explícitamente tal voluntad.

Esta característica remarca —una vez más— el carácter privado y voluntario de la compensación.

En el propio ordenamiento jurídico francés se contempla la posibilidad de renunciar expresa o tácitamente a la compensación, aunque —de modo contradictorio— en este sistema rige la compensación legal o de pleno derecho (forzosa). No nos resulta coherente que habiendo ya producido la compensación sus efectos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

extintivos, desde el instante en que concurrieron ambas obligaciones bajo las condiciones exigidas por la ley (es decir, no existiendo ya ninguna de ambas deudas o, por lo menos, habiéndose extinguido una de ellas —la de menor cuantía— y reducido la otra en la medida de la inferior), pueda una de las partes renunciar tácitamente a ella.

No sólo nos parece inconveniente por el hecho de retrotraer efectos ya producidos —con el evidente peligro de incertidumbre para terceros—, sino principalmente porque si existe la facultad de renunciar a la compensación en forma unilateral o bilateral, expresa y hasta tácita, no tiene sentido que revista carácter de obligatorio o de «pleno derecho».

La renuncia tácita se puede efectuar por medio de hechos de los cuales ella se deduzca de manera necesaria e inequívoca. Siendo la facultad de oponer la compensación un derecho establecido por la ley, su renuncia no puede ser objeto de una interpretación arbitraria que pueda adolecer de vaguedades e imprecisiones, por lo que el acto de la parte renunciante debe ser muy claro y puntual.

El hecho de que José, en lugar de oponer a Eduardo la compensación a la cual está facultado, le solicite la entrega de su prestación no significa que esté renunciando tácitamente a la compensación, pues podría ser que desconozca esta posibilidad o que pretenda provocar a Eduardo para que sea éste quien la invoque. Basta que haya más de una posible interpretación de su actuar para que no se pueda presumir la renuncia a este derecho.

Pero si, siguiendo con el mismo ejemplo, al conocer Eduardo la petición de pago de José, le paga, este acto importa una verdadera renuncia a la compensación. El crédito que tiene contra José se mantiene y la forma de cobrarlo será la de cualquier deuda pendiente, es decir, podrá hacerlo efectivo por los demás cauces que ofrece la ley. Igualmente ocurriría si José decidiera pagar su deuda apenas ésta se volviese exigible, sin haber siquiera solicitado el pago de la suya a Eduardo. En cualquier caso, el pago siempre implicaría una renuncia tácita a la compensación.

Otra forma de renuncia tácita se da cuando el deudor consiente en que el acreedor ceda su crédito a un tercero[2320].

En este caso el deudor no podrá oponer al cesionario la compensación que hubiese podido oponer al cedente. Debemos resaltar que la compensación sólo queda descartada de existir aceptación por parte del deudor.

No debe interpretarse como renuncia tácita el silencio del deudor respecto a la compensación, cuando es demandado por el acreedor. Si el deudor no opone de inmediato la compensación al recibir la notificación de la demanda, esto puede

2320 Nuestro Código Civil regula este caso de renuncia tácita en su artículo 1292: «El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente».

ESTUDIO ALBERO CASTILLO OBREGÓN

obedecer a que pretenda deducirla en otra fase del juicio, ya que procesalmente podría hacerlo cuando el proceso pende de apelación o en la etapa de ejecución de la sentencia que se hubiera pronunciado.

Por último, ya sea manifestada en forma expresa o tácita, la renuncia a la compensación no puede hacerse en fraude de los acreedores, quienes en este supuesto están facultados para intervenir oponiendo la compensación que su deudor no opuso.

Esta atribución que el Derecho otorga a los acreedores pareciera no encajar en los principios generales de la compensación, según los cuales la facultad de oponer la compensación se encuentra dentro del ámbito de libertad del deudor, además de ser un derecho personalísimo (con la sola excepción de la oposición de la compensación por el garante del deudor principal).

Sin embargo, la norma no interfiere con el uso, sino que sanciona el abuso de la libertad del deudor para oponer la compensación, en resguardo de los intereses de sus acreedores.

El ejercicio abusivo de un derecho debe estar siempre controlado por el sistema, en cualquiera de sus modalidades, y la compensación no es la excepción. Por lo tanto, los acreedores de cualquiera de las partes tienen la facultad de subrogarse a ellas con el propósito de deducir la compensación, siempre y cuando el deudor pasible de sustitución actúe fraudulentamente al haber optado por dicha abstención, y que tal compensación remedie ese fraude.

2.12. Importancia de la compensación en el ámbito mercantil, bancario e internacional

Es sabido cómo opera la compensación al interior de las relaciones obligacionales recíprocas entre dos partes[2321], neutralizando los efectos de una obligación con los de la otra y reduciendo el movimiento de numerario. Esta figura reviste enorme importancia no sólo porque brinda seguridad —por la mutua garantía de los acreedores, que evita el riesgo que implica pagar y luego enfrentar el posible incumplimiento o insolvencia de la otra parte—, sino porque simplifica los negocios, evitando un circuito inútil.

Bajo esta perspectiva, podemos imaginar su trascendental rol en el ámbito comercial y mercantil.

La compensación es casi tan antigua como el hombre, quien sobrevivió a las distintas eras, climas, depredadores, pestes y plagas gracias a su capacidad única de adaptación inteligente. La compensación surgió con el comercio.

2321 Subrayamos que dos partes no implica necesariamente dos individuos, ya que podrían intervenir numerosas personas tratándose de obligaciones con pluralidad de sujeto y/o en caso de existencia de garantes.

Conforme fue evolucionando, tornándose complejo y sofisticándose el cúmulo de obligaciones recíprocas, la compensación fue paralelamente adquiriendo más importancia y su regulación se convirtió en objeto de interés por parte del Derecho.

En efecto, una economía de mercado como la nuestra, en cuyo interior las transacciones económicas son cada vez más numerosas y complejas, requiere normas de Derecho Comercial que sirvan de herramienta eficaz para facilitar el tráfico de dinero y de bienes. La compensación es, indiscutiblemente, uno de esos instrumentos indispensables de la economía, ya que convierte la densa trama de las obligaciones en simples operaciones de contabilidad, mediante la eliminación de todo aquello que resulta común, minimizando así el uso de los mecanismos tanto de liquidación como de cobranza.

Por ello, al referirse a las figuras de la cuenta corriente individual, los contratos de cuenta corriente mercantil o bancaria, así como a las cámaras de compensación y a los *clearings* internacionales, necesariamente se debe partir de la teoría de la compensación, ya que aquéllas tienen su fundamento en los principios de ésta.

2.12.1. La cuenta corriente individual y los contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria

Es sabido cómo surgió la cuenta corriente individual[2322], que no es otra cosa que una operación contable de registro de cuentas entre dos personas ligadas por una relación de negocios mantenida de modo permanente a lo largo de un tiempo significativamente largo. Como en esta relación comercial se producen prestaciones recíprocas de dinero, el registro de cuentas se lleva consolidando todos los ingresos y egresos realizados por una de las partes en las cuentas de la otra parte. La forma como se realizan las anotaciones dependerá de los usos, costumbres y comodidad de cada una de las partes, pero al ser registros de tipo contable, si se trata de un cargo en la cuenta del titular, irá al Debe, en tanto que se anotará bajo el rubro Haber de tratarse de un abono. Por ello, este tipo de cuenta corriente es más bien una «situación de cuenta corriente» o «situación de contabilidad», lo cual no implica que haya mediado entre ambas partes un contrato de cuenta corriente.

En cambio, las cuentas corrientes mercantil y bancaria —provenientes ambas de la lógica de la cuenta corriente individual— nacen en virtud de un contrato.

El contrato de cuenta corriente mercantil se origina en un pacto específico que excluye la disponibilidad aislada de los créditos que se produzcan a lo largo de la vigencia de esta situación, no pudiendo las partes contratantes ni reclamarlos ni compensarlos, aplazando su liquidación hasta el momento de cierre de la cuenta.

2322 La denominación «cuenta corriente», conforme la describe Garrigues (GARRIGUES, Joaquín. *Contratos bancarios*. Madrid: s/e, 1975, p. 117), «[...] lleva en sí el germen de una enorme imprecisión, pues designa, a veces, un contrato específico que recibe también este mismo nombre y, a veces, una mera situación de contabilidad que no implica contrato especial alguno».

En virtud de este tipo de contrato, según Garrigues[2323], las prestaciones aisladas que ambas partes realicen en forma recíproca «[...] no tienen efectos jurídicos externos, sino que se consideran como elementos integrantes de una unidad irrescindible antes del término pactado».

Así, siguiendo la inspiración fundamental de este contrato que es la simplificación de las relaciones jurídicas, se hace una fusión de todas las remesas en una masa única de acreditamientos y debitamientos. Al cierre de la cuenta, en mérito a la compensación de todos los ingresos y egresos contables registrados en ella, quedará un saldo acreedor o deudor —resultado del balance del activo y pasivo de la cuenta a la fecha del cierre o al corte de la misma previsto en el contrato—, el cual será el único que contará con individualidad propia (ya que los créditos anteriores al vencimiento, desde el momento en que ingresaron en la cuenta, perdieron su independencia e individualidad, pasando a formar parte de una unidad compuesta) y, por tanto, el único exigible.

Por su parte, la cuenta corriente bancaria es un contrato que nació al interior del depósito irregular de dinero y por ello se le consideró como pacto accesorio a éste, así como también al de otorgamiento de crédito. De ahí que se denominara a este convenio «depósito en cuenta corriente» y al segundo, «apertura de crédito en cuenta corriente»[2324].

Actualmente, el contrato de cuenta corriente bancaria es autónomo y con caracteres definidos, de contenido complejo, ya que la evolución de la práctica bancaria ha conllevado un desarrollo operativo de esta figura, la que ha ido abarcando distintos tipos contractuales como el préstamo, el depósito, la apertura de crédito, etcétera.

El contrato de cuenta corriente bancaria se inicia con una apertura de un crédito o un depósito, cuyo objeto es la obtención por el cliente de un servicio de caja. El banco se obliga a prestar ese servicio de caja realizando operaciones por cuenta o por encargo del cliente, las que algunas veces son en nombre de éste y otras en nombre del propio banco, pero siempre por cuenta del cliente (de ahí el derecho del banco al reembolso de los gastos y comisiones).

Como es de notar, al interior del marco de este contrato surgen numerosas obligaciones que el banco y el cliente van asumiendo a lo largo de su relación. El cliente o titular puede hacer depósitos o retiros de dinero a través de cheques, estando —de esta forma— facultado para disponer en cualquier momento de las

2323 Garrigues, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

2324 El objeto de la cuenta corriente bancaria como contrato accesorio al de depósito era facilitar la movilización del dinero depositado a través de pagos que el banco efectuaba a terceros por medio de cheques. En cuanto a su función accesoria respecto del otorgamiento de crédito, ésta aparece cuando en la cuenta corriente bancaria del cliente se anotan sus disposiciones realizadas sobre el crédito concedido (en el Debe) y sus reposiciones de fondos con cargo a dicho crédito (en el Haber).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sumas resultantes de su crédito (ésta constituye la mayor diferencia respecto de la cuenta corriente mercantil, en la que el contratante sólo puede disponer del crédito resultante de la compensación operada a la fecha de cierre de la cuenta). Ello es posible debido a que en la cuenta corriente bancaria los saldos activos se compensan con los saldos pasivos desde su coexistencia, es decir, se da una compensación continua.

Sabemos que en la cuenta corriente mercantil las partes contratantes convienen en no exigir los créditos aislados producto de las remesas recíprocas, sino en esperar hasta el vencimiento de la cuenta para conocer el resultado obligacional (saldo o producto de la compensación) y recién entonces exigirlo, siendo por lo tanto una recíproca concesión de crédito. Esta es otra diferencia con relación a la cuenta corriente bancaria, ya que en ésta la concesión de crédito no es recíproca sino, por el contrario, unilateral[2325].

Nuestro ordenamiento jurídico considera a la compensación como un derecho de las empresas del sistema financiero y al mismo tiempo como una forma de atenuar los riesgos para el ahorrista[2326].

2325 Cuando la cuenta corriente bancaria surge en virtud de una apertura de crédito es el banco el que está concediendo crédito al cliente. Si la cuenta corriente nace, en cambio, en mérito de un depósito, entonces es el cliente o depositante el que está concediendo crédito al banco.

2326 Al respecto, los artículos 130, 131 y 132, numerales 7 y 11, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (Ley n.º 26702), señalan lo siguiente:
Artículo 130.- *Estado promueve el ahorro*
Con arreglo a la Constitución Política, el Estado promueve el ahorro bajo un régimen de libre competencia.
Artículo 131.- *Ahorro*
El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley.
Artículo 132.- *Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista*
En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura a la atenuación de los riesgos para el ahorrista:
[...]
7. El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas.
[...]
11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.
Lo señalado debe concordarse con lo prescrito por el artículo 87 de la Constitución Política del Perú de 1993:
Artículo 87.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

ESTUDIO ALAYO CASTILLO TAVARE

Finalmente, el marco legal peruano para la compensación de los cargos o abonos y de sus saldos respectivos en las cuentas corrientes bancarias está dado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (Ley n.º 26702), en sus artículos 225, 226 y 228[2327].

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

2327 La mencionada Ley n.º 26702, en lo relativo a las cuentas corrientes y a la compensación al interior de éstas, establece lo siguiente:
Artículo 225.- *Cuenta corriente*
La cuenta corriente regida por la presente ley es un contrato en virtud del cual una empresa se obliga a cumplir las órdenes de pago de su cliente hasta por el importe del dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado, esto último en el caso de las empresas autorizadas para conceder sobregiros de conformidad con los artículos 283 al 289.
Artículo 226.- *Efectos de la cuenta corriente*
Hay novación en todo crédito del uno contra el otro, de cualquier naturaleza y fecha que sea, si el crédito pasa a una cuenta corriente; salvo que el acreedor o deudor acuerden expresa reserva de sus derechos. Todo abono o cargo dentro de la cuenta corriente produce compensación.
La medidas cautelares que se dispongan respecto de cuentas corrientes sólo surtirán efecto sobre el saldo que resulte luego de que la empresa aplique sobre ella los cargos que corresponda por las deudas vencidas que mantenga el titular de la cuenta a la fecha de notificación de dichas medidas y siempre que no se encuentre sujeto a gravamen alguno.
La existencia del contrato de cuenta corriente se acredita por cualquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, excepto la declaración testimonial.
No es consubstancial a la cuenta corriente la entrega al cliente de un talonario de cheques. La disposición de los recursos disponibles en cuenta corriente puede efectuarse mediante la celebración de un pacto autónomo de cheque o a través de otros pactos.
Las empresas informarán periódicamente a sus clientes respecto de sus estados de cuenta, los que se darán por aceptados de no ser observados dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.
Artículo 228.- *Cierre de cuenta corriente*
La cuenta corriente se cierra por iniciativa de la empresa o del cliente. La empresa puede negarse a la solicitud que le formule el cliente para el cierre de la cuenta en el caso que la misma mantenga saldo deudor o que el cliente tuviese obligaciones pendientes de pago con ésta.
Salvo pacto en contrario, la empresa podrá compensar los saldos de las distintas cuentas que el cliente mantenga con ella, inclusive cuando se realice el cierre de una cuenta corriente.
Las empresas cerrarán las cuentas corrientes de quienes registren el rechazo de cheques por falta de fondos, conforme a los términos que determine la Superintendencia. Dicho organismo sancionará a quienes incumplan con esta obligación. La relación de las cuentas corrientes cerradas por esta razón, será publicada mensualmente por la Superintendencia, en el diario oficial *El Peruano*.
Las empresas notificarán a la Superintendencia, los cierres de cuentas corrientes que realicen por falta de fondos, a fin de que ésta disponga el cierre inmediato de todas las demás cuentas corrientes que el sancionado tenga en el resto del sistema financiero.
La empresa puede, en cualquier momento, remitir una comunicación al cliente, advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta y requiriéndole el pago. Transcurridos quince (15) días hábiles de la recepción de la comunicación sin que hubiere observaciones, la empresa está facultada para girar contra el cliente por el saldo más los intereses generados en dicho período, una letra a la vista, con expresión del motivo por el que se la emite. El protesto por falta de pago de la indicada cambial, en la que no se requiere la aceptación del girado, deja expedita la acción ejecutiva.

LEX OSTERLING CASTILLO FREYRE

2.12.2. Las cámaras de compensación

No es difícil suponer que, en nuestros días, la aplicación más extendida y corriente de la dinámica de la compensación es la bancaria, cuyo volumen ha adquirido una importancia de tal magnitud que la simplificación obtenida por tal compensación ya no resulta suficiente. Se hizo preciso, pues, crear organismos encargados de realizar diariamente operaciones de compensación a un nivel más alto, es decir, entre bancos.

Por ello, siguiendo la lógica de las cuentas corrientes mercantil y bancaria, a través de este proceso natural originado en la tan urgente necesidad de simplificación del cobro y pago de la cada vez mayor cantidad de cheques producidos se creó la cámara compensadora o cámara de compensación. Ésta es una institución auxiliar del comercio dedicada a la confrontación y posterior liquidación de los créditos y deudas de los titulares que intervienen en la compensación bancaria.

La cámara de compensación funge, así, de amigable componedor, actuando como oficina intermediaria o cuentacorrentista de los bancos asociados (que de esta forma se convierten en clientes del organismo superior), y liquidando por diferencia los resultados globales de las operaciones.

Las cámaras de compensación, desde sus inicios[2328], han tenido una gran relevancia en el desarrollo mercantil y comercial de las sociedades.

2328 El origen remoto de estas instituciones se puede encontrar en las ferias cambiarias —*fiere del cambi*— de la Edad Media. En tales ferias, los participantes determinaban sus respectivas deudas cambiarias y las extinguían por compensación. Como mencionamos anteriormente, en todos los tiempos se han aplicado los principios de la compensación, pero la simplificación del número de operaciones a gran escala se inició en estas ferias y mercados del medioevo, a las que acudían comerciantes de distintos lugares a compensar sus saldos.
No obstante, el antecedente inmediato de estas cámaras es la primera Cámara de Compensación (*Clearing House*) fundada en Londres en 1775, cuyo funcionamiento resulta interesante conocer a través de las palabras de Giorgio Giorgi (GIORGI, Giorgio. *Op. cit.,* tomo VIII, p. 143):
«Entramos en aquella modesta sala de Londres, y el ánimo se ensancha de grata sorpresa al ver los más grandes y complicados negocios, que necesitarían sacos de libras esterlinas, centenares de pagos y recaudaciones, liquidadas con un sencillo rasgo de pluma sobre los libros sin pérdida de tiempo y sin necesidad de entrega de monedas, satisfaciendo a la vez a millares de acreedores y de deudores. Los negociantes de Londres, en lugar de cobrar y pagar en su propia casa, hacen los pagos y recaudaciones por medio de cheques girados sobre banqueros. Los comisionistas de las diversas bancas se reúnen en la sala de Lombard Street, y toman sitio por orden alfabético de sus bancos alrededor de la sala. Junto a cada banco está la taquilla destinada a recibir los cheques, que los comisionistas de cada banco mano a mano le entregan. Suena la hora en que las casillas se cierran; cada comisionista suma los cheques pagados por su casa, y por otra parte, anota los distribuidos por su misma casa a los otros bancos deudores. Recuenta casa por casa el debe con el haber, y escribe el resultado del balance al lado del nombre de cada banquero acreedor o deudor. Y aún no está todo. Los comisionistas que resultan deudores, deberán las diferencias si quieren, por medio de nuevos cheques especiales girados por el *clearing-house* sobre el Banco de Inglaterra, o bien entregando todo o parte en dinero».
Luego de haberse creado en Londres, empezaron a fundarse Cámaras de Compensación en Estados Unidos (ciudad de Nueva York) en 1853, en Italia (1881), en Alemania (1883) y en el resto de los países de gran tráfico comercial.

La compensación mediante las cámaras de compensación, por sus particularidades, se realiza con un mecanismo distinto —aunque parte del mismo principio— al de la figura de la compensación civil (artículo 1288 del Código Civil). Esta última supone, como sabemos, créditos y débitos recíprocos, por lo que quien es deudor de una persona y acreedor de otra (por mucho que las obligaciones sean exigibles, líquidas y los objetos de sus prestaciones fungibles entre sí) no podría, en las cámaras de compensación, oponer la compensación unilateral, sino sólo la convencional. Y para que en un caso como el descrito (que alguien sea deudor de una persona y acreedor de otra) opere la compensación, según Messineo[2329], se requeriría que dicha persona sea parte de una relación de «compensación voluntaria acumulativa o plurilateral», siendo las relaciones aquí mucho más complejas, puesto que se realizan entre numerosos sujetos o partes que se acumulan.

Es de lo más frecuente que las deudas y los créditos se crucen entre más de dos bancos, por lo que no se presenta el supuesto del crédito y deuda recíprocos —propio de la compensación civil—. Lo usual es que un Banco sea deudor de otro y acreedor de un tercero, siendo este último, por su parte, deudor de un cuarto, acreedor de un quinto, y así sucesivamente. En estos casos, la compensación civil no es viable, por lo que es aquí donde opera la compensación bancaria, a través, como veremos, de las cámaras de compensación.

Para llegar a la compensación en estos términos en el ámbito bancario, hubo que trascender la utilidad de los cheques, ya que el radio de acción de la compensación estuvo restringido a que varias personas —recíprocamente acreedoras y deudoras— tuvieran cuentas con el mismo banco. Como vimos anteriormente, el banco compensaba dichas cuentas y eso era todo.

Cuando las instituciones bancarias tomaron la iniciativa de abrir cuentas entre sí, se empezó a recaudar y a compensar en un campo significativamente más amplio todas las partidas de créditos y débitos; fue en este momento cuando, a decir de Giorgi[2330], «[...] los banqueros se consideran una misma persona con sus clientes. La compensación de títulos de crédito entonces viene a ser un medio portentoso y expedito de extinguir millares de créditos sin poner en circulación una sola moneda de 5 céntimos». Ésta es la función que desempeñan las cámaras de compensación.

Fue en Londres, como antes lo señalamos, donde se fundó —en 1775— por primera vez en el mundo este sistema, comenzando a efectuar en 1854 liquidaciones diarias de las operaciones por giros sobre el *Bank of England*, por medio de cuentas corrientes en dicha institución. Hoy en día los títulos de crédito que suelen ser objeto de compensación en las Cámaras son las letras de cambio, los

2329 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 388.
2330 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo VIII, p. 142.

cheques, pagarés, vales, libranzas y talones contra cuentas corrientes[2331], simplificándose notablemente las operaciones bancarias.

De carácter estrictamente privado en su origen, las cámaras se crearon sobre la base de un contrato mediante el cual ciertos bancos se comprometían a llevar a su sede los efectos que tuvieran contra los demás bancos contratantes para que fueran sometidos a liquidación por diferencia, eliminando los pagos intermedios. Debido a su creciente importancia y al desarrollo de las economías, hoy en día coexisten las cámaras de compensación privadas con las creadas por los gobiernos; éstas últimas son organismos mercantiles cambiarios de carácter público. Algunos gobiernos incluyen a la cámara de compensación como parte del Banco Central; otros, como ente autónomo subordinado a este último, etcétera.

Los bancos miembros de una cámara de compensación —que, como anotáramos, pasan a ser clientes de dicha cámara— ejercen como derecho primordial la facultad de operar en tal cámara presentando los documentos que tuvieran contra los demás bancos asociados, pagando sus saldos deudores o haciendo efectivos sus saldos acreedores. Estas operaciones se simplifican en una sola, la misma que se realiza en la cuenta que el banco abre en la cámara —o, según el caso, en el Banco Central— cuando se incorpora. Asimismo, el deber principal del banco asociado —además de abonar puntualmente las cuotas y aportes de mantenimiento fijados por la cámara— se centra en mantener un depósito determinado que actuará como garantía para el cumplimiento de los saldos negativos que tales operaciones pudieran arrojar.

El mecanismo de operación compensatoria al interior de las Cámaras —en la mayor parte de las legislaciones— se inicia diariamente con la sumatoria realizada por los bancos de los montos que adeudan a los demás bancos asociados, considerando, a decir de Gerardo Tagore Solnié[2332], como provisoriamente liquidados los documentos librados sobre ellos. En caso de que un cheque careciera de provisión de fondos, se le considera impago y es devuelto, lo cual da lugar a un crédito a favor del banco librado para anular el débito proveniente del envío irregular. Inmediatamente después se redacta la lista y se le adjuntan los documentos que el resto de los bancos debe satisfacer; cada banquero los presenta a la cámara y allí se procede a la compensación de los documentos, habiendo comprobado previamente los saldos provisionales que corresponden a cada banco al finalizar el cambio o cambios de obligaciones recíprocas. Finalmente, la cámara hace las

2331 Por su parte, la Real Academia Española (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22.ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 2001, tomo II, primera columna, p. 277) define la voz «cámara de compensación» como: «Asociación voluntaria de bancos, encaminada a simplificar y facilitar el intercambio de cheques, pagarés, letras, etcétera, y saldar las diferencias entre el debe y el haber de cada banco asociado, en cuanto se refiere a tales efectos, con el menor movimiento posible de numerario».

2332 *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina Sociedad de Responsabilidad Limitada, 1955, tomo II, p. 539.

reducciones y determinaciones de los signos y cuantías del saldo definitivo y, de esta forma, expide los documentos necesarios para la movilización de las cuentas de los bancos respectivos. Todo esto se lleva a cabo íntegramente dentro del día en que se efectúa la compensación.

Resulta interesante resaltar la enorme simplificación del circuito monetario en mérito de este sistema, por el cual, en lugar de tener frente a sí a varios acreedores y a varios deudores, cada banco se convierte en deudor o acreedor de un solo ente, cual es la cámara de compensación. A ella todos los bancos asociados transfieren los créditos y deudas existentes entre sí, por lo que, respecto de cada uno de dichos bancos, se convierte en deudora o en acreedora, según el saldo que resulte.

De esta manera, y paralelamente a la modernización de las transferencias de alto valor, el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y los bancos locales emprendieron la tarea de desarrollar una Empresa de Servicio de Canje y Compensación (ESEC), la que fue constituida como empresa privada con el nombre de Cámara de Compensación Electrónica (CCE). En julio del 2000, el BCRP emitió el Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación normado por la Circular n.° 022-2000-EF/90, el cual estableció las normas generales para los diferentes instrumentos compensables, y el Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, Circular n.° 023-2000-EF/90, que determinó las regulaciones para la compensación de cheques, como primer instrumento compensable a través de la CCE.

La introducción de la compensación electrónica de cheques, a partir de noviembre del 2000, sustituyó a la antigua cámara administrada por el BCR, la cual procesaba los cheques en forma manual. La creación de la Cámara de Compensación electrónica agilizó los procedimientos operativos de canje y compensación de cheques.

El 14 de febrero de 2001, el BCR emitió el Reglamento de las Cámaras de Compensación de Transferencias de Crédito, Circular n.° 005-2001-EF/90, el cual establece las regulaciones concernientes al proceso de compensación y liquidación de las transferencias de crédito. Este instrumento compensable permite que los clientes de los bancos transfieran montos hasta un límite por moneda establecido por el BCR.

Posteriormente en el año 2006 se realizaron modificaciones al Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación, Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques y al Reglamento de las Cámaras de Compensación de Transferencias de Crédito (Circular n.° 21-2006-BCRP, Circular n.° 022-2006-BCRP y Circular n.° 09-2006-BCRP; respectivamente). En el año 2009 se deja sin efecto la Circular n.° 09-2006-BCRP, siendo reemplazada por la Circular n.° 022-2009-BCRP.

En el año 2010 se modificó el Reglamento de Transferencias de Crédito mediante la Circular n.° 028-2010-BCRP, que incrementó a S/. 310,000 y US$

60,000 el monto máximo por operación. La Circular n.º 011-2011-BCRP incluye una sesión adicional de Compensación de Transferencias de Crédito y establece un plazo máximo de treinta minutos para acreditar los fondos en la cuenta del Cliente Receptor.

2.12.3. Los *clearings* internacionales (acuerdos internacionales de compensación)

Finalmente, en el ámbito del intercambio comercial internacional también se aplica la compensación, mediante acuerdos de compensación a los que se denomina *clearings* internacionales[2333]. Hay *clearings* entre bancos, empresas y entre Estados (o entre órganos de Estados). Los referentes a estos últimos son creados mediante acuerdos internacionales de compensación.

Estos acuerdos internacionales de compensación revisten gran importancia en el comercio internacional, debido a que las operaciones de importación y exportación no se liquidan mediante la remesa o envío de los fondos respectivos de un país a otro, sino a través de la compensación del total de créditos y deudas originados en el tráfico comercial entre tales países.

Los sujetos de estos *clearings* no son los individuos sino los Estados, pero como el objeto de tales acuerdos son los pagos en las compraventas internacionales, los mayores interesados son los individuos.

El mecanismo de los *clearings* internacionales opera, básicamente, de la siguiente manera: un exportador cede a su Estado su propio crédito respecto del importador extranjero; con ese crédito, por su parte, dicho Estado proporciona a un importador nacional los recursos para realizar adquisiciones provenientes del mismo país extranjero. El exportador cobra de su Estado el valor —en moneda nacional— de su crédito, y el importador paga a su Estado —también en moneda nacional— el precio de lo importado. De esta forma se crean relaciones de cuenta corriente entre los Estados, las que se van liquidando a través de compensaciones continuas entre ellos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2333 Al respecto, Cabanellas (Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 171) define el término *clearing* como: «Palabra inglesa equivalente a liquidación, adoptada en todos los países, por ser Londres el centro mundial de estas operaciones, consistentes en ajustes y liquidaciones de cuentas entre bancos y empresas comerciales de diversa procedencia. Tiende a reducir las remesas de valores efectivos, haciéndose los cambios nominalmente».

Compensación bilateral

Artículo 1289.- Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1289

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.

El Código Civil de 1852 legislaba el tema en su artículo 2255: «Para la compensación de una especie por otra, es necesario que se hayan valorizado por convenio, o judicialmente; ó tengan valor dado por la ley»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 2983: «Para que haya compensación se requiere: 1º Que las deudas sean de dinero, o de cosas fungibles de la misma especie y calidad; 2º Que, al tiempo de la compensación, las cantidades debidas sean líquidas y exigibles.— También puede compensarse una especie con otra no fungible, siempre que ambas tengan su respectivo precio, fijado por la ley, por el Juez, o por convenio de los interesados».

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 abordaba la materia en su artículo 159: «Por voluntad de las partes puede tener lugar la compensación aun cuando no concurran las condiciones previstas por los artículos anteriores.— Las partes pueden también establecer preventivamente las condiciones de tal compensación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 144: «Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran las condiciones previstas por el artículo anterior. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regulaba el tema en el artículo 1302: «Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran las condiciones previstas por el artículo anterior. Las

EDUARDO ROMERO CASTILLO FREYRE

condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1256: «Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran las condiciones previstas por el artículo 1255. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente».

2. Análisis

Tras estudiar los conceptos relacionados a la compensación unilateral, veamos ahora cómo funciona la compensación bilateral.

Según las partes que intervienen, la compensación puede clasificarse como un medio extintivo de las obligaciones, unilateral o bilateral, de acuerdo con el tipo de compensación de que se trate.

Como advertimos oportunamente, la compensación puede ser unilateral o convencional. En el primer caso, la compensación opera a instancia de parte, esto es, sin que se requiera del asentimiento de la contraparte —vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley—. En tanto que, en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

Cabe recordar, sin embargo, que estas características son propias del Derecho peruano y de numerosas legislaciones modernas, pues en otras la compensación opera de pleno derecho por la simple coexistencia de obligaciones recíprocas, sin intervención de la voluntad.

Por la intervención de la voluntad humana, la compensación constituye un medio voluntario extintivo de obligaciones, por considerar que su eficacia se produce o a instancia de parte o en virtud del acuerdo entre los contratantes, al menos, como hemos señalado, en la legislación peruana y en otros códigos modernos, y nunca de pleno derecho, salvo en casos singulares, ajenos a la ley civil, como ocurre, por ejemplo, con las cuentas corrientes mercantiles y bancarias, las cuales, por cierto, tienen sus propias modalidades.

Ahora bien, como lo comentáramos, la compensación bilateral no es una figura que se dé con frecuencia.

Para que opere la compensación bilateral es evidente que no se deben presentar todos los requisitos de la compensación unilateral, porque si se presentaran éstos en su integridad, no habría necesidad de un acuerdo entre las partes; bastaría con que una de ellas exprese su decisión de compensar las obligaciones para que ella se configure. Y es que, repetimos, de estar presentes todos los requisitos, lo que va a corresponder es la compensación unilateral y no la bilateral.

Pese a que la compensación bilateral, lo reiteramos, sólo tendrá cabida cuando falte alguno de los requisitos señalados en el artículo 1288, hay una exigencia que no puede faltar, esto es la reciprocidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Cómo compensar obligaciones que no sean recíprocas, esto es, aquéllas en que los sujetos de las relaciones obligatorias, aunque con una calidad distinta, no sean los mismos? Sería imposible compensar obligaciones que no sean recíprocas. En cambio, sí se podrían compensar obligaciones que no sean líquidas, u obligaciones que no sean homogéneas o fungibles, u obligaciones que no sean exigibles.

Aclarado este punto, debemos señalar que, a efectos prácticos, la compensación es una suerte de doble pago ficticio, en tanto es una figura que, definitivamente, ahorra actos en el tráfico de los bienes.

De esta forma, aunque no se trata en realidad de un pago, como oportunamente lo señalamos, actúa como si lo fuera, ahorrando costos de transacción.

Si X debe a Z diez mil soles y Z debe a X también diez mil soles, sería poco inteligente y poco eficiente que X le entregue a Z sus diez mil soles y que Z le entregue a X sus respectivos diez mil soles.

Evidentemente, sería más torpe todavía si X le pagara los diez mil soles y esperara que Z le dé, tiempo después, los diez mil soles que le debe.

Otro punto importante es que para poder compensar resulta necesario que las prestaciones todavía sean pasibles de ser ejecutadas, ya que, de no serlo, las obligaciones se extinguirían por la imposibilidad de su cumplimiento.

Ahora bien, ¿qué ocurre, por ejemplo, si una de las obligaciones consiste en la entrega de naranjas y la otra en la entrega de manzanas? En un caso como éste, en que las obligaciones no son fungibles ni homogéneas, sí operaría la compensación bilateral, es decir, quienes son parte de las dos relaciones obligacionales podrían acordar que se compensen dichas obligaciones.

Sin perjuicio de que, en efecto, se pueda realizar la compensación bilateral, lo usual es que la figura que se emplee sea la del mutuo disenso, que se encuentra regulada en el artículo 1313 del Código Civil: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado».

Decimos esto por cuanto la compensación implica un «doble pago» ficticio, en tanto que el mutuo disenso implica todo lo contrario: la voluntad de no ejecutar las obligaciones que estaban pendientes de cumplimiento.

Finalmente, cabe señalar que al no establecer el artículo 1289 forma alguna para que se materialice el acuerdo de compensación convencional, en virtud del artículo 143 del Código Civil las partes podrán emplear el mecanismo de exteriorización de voluntad que crean conveniente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de la compensación

Artículo 1290.- Se prohíbe la compensación:

1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.

2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

3.- Del crédito inembargable.

4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

1. Fuentes nacionales del artículo 1290

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a las deudas no compensables, respecto a la restitución del depósito, tenemos la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 27, Título XIV, Partida Quinta: «*Que si un ome encomendasse a otro alguna cosa, quier fuesse de aquellas que se pudiessen contar, o pesar, o medir, quier non, maguer aquel que gela dio en guarda, le deuiesse a el otra debda, que non le puede demandar que sea fecho desquitamiento de lo uno por lo al*».

En lo relativo a la restitución del comodato, la Ley 5, Título III, Partida Quinta, establecía lo siguiente: «*E maguer que el ouiesse a dar alguna cosa aquel que gela encomendasse, con todo esso non gela deue tener, el que recibió el condessijo, por razón de prenda, a que dizen en latin 'Compensatio', que quiere tanto dezir, como descontar una debda por otra; ante deuele luego entregar della, e despues desto puedesele demandar aquello que le deuiere*».

Y, por último,respecto a la prohibición de oponer compensación entre los particulares y el Estado, la Ley 26, Título XIV, Partida Quinta, prescribía: «*Auiendo algun ome a dar pecho, o censo, a la Camara del Rey o al Comun de algun Concejo, maguer el Rey, o el Comun de aquel lugar, dauan a el otro debdo, non puede ser fecho desquitamiento del un debdo por el otro*».

El artículo 1290 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 legislaba el tema en el artículo 889: «Hay lugar a la compensación en toda deuda, a excepción de los casos siguientes: 1º De restitución de una cosa de que ha sido despojado el propietario. 2º De demanda sobre restitución de un depósito o de una cosa dada en comodato. 3º De una deuda que tiene por causa los alimentos que no pueden retenerse»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sus artículos 2257: «Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe»; y 2258: «Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre restitución y de despojo; 2° En la demanda sobre restitución de un depósito; 3° En los cargos por mala administración; 4° En lo que se debe por alimentos».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba la materia en los artículos 2993: «Todas las deudas que reúnan los requisitos del artículo 2983 son compensables, si la ley no lo prohíbe.— Está prohibida la compensación de las siguientes: 1° Las que provienen de despojo, ya se trate de la restitución de la cosa, materia de la expoliación, ya de las responsabilidades consiguientes a ésta; 2° Las relativas a restitución de un depósito; 3° Las responsabilidades que han resultado de mala administración de bienes ajenos; 4° La deuda por causa de alimentos, a no ser que el crédito que se quiere compensar con ella, provenga de gastos hechos en mantener al que tiene derecho de exigir alimentos; 5° Las obligaciones de hacer»; y 2994: «Las deudas y créditos entre el Estado y los particulares no son compensables en los casos siguientes: 1° Si las deudas de los particulares provienen de remate de bienes o rentas fiscales, o de contribuciones directas o indirectas; 2° Si las deudas y los créditos no pertenecen a un mismo ramo de la Administración pública; 3° Si las deudas de los particulares están comprendidas en la consolidación de créditos contra el Estado, ordenada por ley; 4° Los descubiertos de los que administran bienes fiscales, deducidos del corte y tanteo de cada mes, o de los que se practiquen por muerte, remoción, suspensión o traslación de algún empleado; 5° Las deudas a favor del Estado por especies valorizadas, que ha recibido el deudor para venderlas; 6° Los descubiertos de los que administran bienes o rentas fiscales, especificados en el auto final, pronunciado conforme a las leyes, por el Tribunal respectivo, después de examinadas y glosadas las cuentas de los administradores con audiencia de éstos».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, contemplaba dos artículos sobre el particular, el 266: «Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe»; y el 267: «Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre la restitución de despojo.— 2° En la demanda sobre la restitución de un depósito.— 3° En los cargos de mala administración.— 4° En lo que se debe por alimentos.— 5° En las deudas y créditos entre particulares y el Estado.— 6° En las deudas provenientes de salarios y sueldos, salvo en los límites en que las leyes permitan el embargo»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 abordaba el tema en sus artículos 254: «Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe»; y 255: «Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre la restitución de un depósito.— 2° En las deudas por pensiones alimenticias.— 3° En las deudas y créditos entre particulares y el Estado.— En las deudas provenientes de salarios y sueldos, salvo en los límites en que las leyes permiten el embargo».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba la materia en el artículo 1284: «Se prohíbe la compensación: 1° En

la restitución de un depósito, o de un comodato; 2° En las pensiones alimenticias; 3° Entre particulares y el Estado»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el numeral 1295: «Se prohíbe la compensación: 1° En la restitución de un depósito, o de un comodato; 2° En las pensiones alimenticias; 3° Entre particulares y el Estado».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se ocupaba del tema en su artículo 153: «Se prohíbe la compensación por declaración unilateral de voluntad: 1. En la restitución de cosas de las que el propietario haya sido injustamente despojado; 2. En la restitución de cosas depositadas o dadas en comodato; 3. En las pensiones alimenticias; 4. Del crédito inembargable; 5. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 145: «Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.— 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.— 3. Del crédito inembargable.— 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1308: «Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado; 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato; 3. Del crédito inembargable; 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1257: «Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.— 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.— 3. Del crédito inembargable.— 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley».

2. Análisis

Con respecto a las condiciones en que operan la compensación legal y la unilateral, sabemos que ellas funcionan por mandato de la ley o por oponerse por cualquiera de las partes, siempre y cuando concurran los requisitos de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones. Y, además, que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí.

Asimismo, conocemos cómo, sin necesidad de tales requisitos, excepto el de reciprocidad, puede también operar la compensación convencional (artículo 1289), por tratarse de un acuerdo entre partes (contrato).

También tenemos conocimiento de la operatividad de la compensación en los ámbitos mercantil y bancario, así como la que se lleva a cabo al interior de las cámaras de compensación y, finalmente, la compensación comercial realizada entre Estados mediante acuerdos internacionales de compensación (*clearings* internacionales).

EDITORIAL MARCIAL PONS

En términos generales, resulta indiferente el origen o la causa de los créditos (o deudas) a los efectos de la compensación. En otras palabras, son irrelevantes los motivos o circunstancias por los que se generaron las obligaciones para su eventual compensación. De esta forma, como sabemos, se puede compensar el monto adeudado en virtud de un préstamo con el crédito que se tiene por concepto de pago de honorarios profesionales, o las rentas vencidas que el arrendatario debe abonar al arrendador con la suma que éste le adeude por el precio de venta de un bien.

Sin embargo, existen determinados casos en que, por razones de ética, justicia, seguridad jurídica, orden público, política económica, etcétera, la ley considera preferible el cumplimiento total e independiente de las obligaciones, para lo cual elimina la posibilidad de que éstas se extingan a través del «doble pago ficto». Así, en razón de los más variados motivos —los que analizaremos en detalle—, la propia ley, en forma específica, deja determinadas obligaciones al margen de la figura extintiva de la compensación.

Estos supuestos vienen a ser excepciones a todas las clases de compensación (llámense legal, unilateral o convencional), ya que ni aun concurriendo los requisitos del artículo 1288, conjuntamente con la voluntad bilateral de las partes (artículo 1289), puede operar la compensación. La norma imperativa lo prohíbe. Se trata de los llamados créditos no compensables, cada uno de los cuales, debido a su origen o fuente, no puede ser objeto de compensación bajo ninguna circunstancia.

Nuestro Código contempla, en el artículo 1289, cuatro casos de créditos excluidos expresamente del ámbito de la compensación.

2.1. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado

Esta prohibición no se encontraba prevista en el Código Civil de 1936. El Código vigente la incluyó por considerar que contiene un evidente principio de justicia, siendo su propósito fundamental evitar un acto abusivo o ilícito, ya que de no ser así se podría atentar contra el orden público, como veremos.

El caso previsto por el primer inciso del artículo 1289 del Código Civil de 1984 es el de un acreedor que despoja a su deudor de bienes pertenecientes a este último, y luego pretende oponer la compensación entre lo que su deudor le adeuda y el producto de su despojo. Es decir, que el acreedor despojante —quien debe devolver o restituir el objeto del despojo— quiera compensar su obligación de entrega con el crédito que tiene contra su deudor[2334].

2334 El acreedor podría pretender oponer la compensación unilateral en caso de que los bienes de los que despojó a su deudor sean fungibles con los que éste le adeuda (siendo ambas obligaciones, además, líquidas y exigibles). También podría pretender presionar a su deudor para convenir en

Sabemos que la compensación cumple una doble función de garantía y de simplificación de las operaciones. Por ello, no sólo existe la compensación convencional o bilateral, que es el contrato entre partes para compensar las obligaciones mutuas, sino que la propia ley faculta a una de las partes a oponerla en forma unilateral, en caso concurran determinados requisitos. Esta última clase de compensación es la que funge de garantía para las partes contra la mala fe o la insolvencia de la contraparte. El Derecho siempre busca evitar el abuso y salvaguardar los intereses de las personas. Por ello, las instituciones creadas por él tienen un límite, basado precisamente en el mismo principio que inspiró su creación. En este caso, se prohíbe la compensación para evitar el mal empleo de la función de garantía, disfrazando un acto ilícito, que es el despojo. Lo expresado también se aplica, sin duda, a aquellas legislaciones que acogen la denominada compensación legal[2335].

Imaginemos que José está obligado a entregar a Eduardo cien kilogramos de papa amarilla de su cosecha, en virtud de un contrato de compraventa. Eduardo, por su parte, en vista de la demora de José en cumplir su obligación, ingresa a la hacienda de éste y sustrae los cien kilogramos de papa. En este caso estaríamos ante dos obligaciones recíprocas: una, correspondiente a Eduardo, de restitución de bienes de los que ha despojado a José; la otra, correspondiente a José, de entrega de bienes en mérito de un contrato de compraventa celebrado con Eduardo. Ambas obligaciones son líquidas, exigibles, y los objetos de las dos prestaciones son fungibles entre sí. Entonces, Eduardo decide oponer la compensación, basándose en el artículo 1288 del Código Civil.

Si nuestro ordenamiento jurídico permitiese que opere la compensación bajo semejantes circunstancias, estaría autorizando a Eduardo a hacer justicia por su propia mano mediante un acto delictivo. Se estaría otorgando licitud a actos que claramente atentan contra el orden público y que transgreden los principios más elementales de ética y de justicia. En lugar de recurrir a las vías legales, las personas podrían cobrar sus acreencias sustrayendo, engañando, arrebatando, hurtando, apoderándose —hasta con violencia— de los bienes de su deudor, para luego, tranquilamente y conforme a ley, oponer la compensación unilateral. El

la compensación, si los bienes de ambas obligaciones no fueran fungibles entre sí. En ninguno de los dos supuestos procede la compensación.

2335 Ya el Derecho romano sancionaba este tipo de conducta, contraria a Derecho, estableciendo la prohibición, en estos casos, de compensar, basándose en el principio de que lo despojado debe ser restituido ante todo (*spoliatus ante omnia restituendus*).
Posteriormente, las legislaciones modernas acogieron este aforismo, como el Código Napoleón, en su artículo 1293, el cual establece que «La compensación tiene razón, cualesquiera que sean las causas de una u otra de las deudas, excepto en el caso primero de la demanda de restitución de una cosa cuyo propietario fue despojado injustamente». En la Exposición de Motivos del *Code*, Bigot-Prèameneu da la razón de esta excepción: «Bajo el pretexto que sea, el espoliador no debe estar autorizado a retener lo que él robó; el orden público lo exige. De ahí esta máxima: *Spoliatus ante omnia restituendus*». (Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xviii, pp. 459 y 460).

acreedor se aseguraría así el pago de su crédito, el cual tal vez sería incobrable de otra forma. Esto, evidentemente, resquebrajaría la paz social.

Asimismo, cabe preguntarse qué ocurriría con los demás acreedores que contasen con un orden preferente sobre el patrimonio de ese deudor. Este acreedor, avalado por la ley, pasaría por encima de aquéllos, cobrando su crédito como si tuviese prelación respecto a todos.

La figura de la compensación —lo reiteramos— tiene una importancia trascendental en múltiples ámbitos; su mayor virtud radica en la simplificación de numerosas operaciones. En otras palabras, reduce significativamente los costos de transacción entre quienes se encuentran obligados de manera recíproca, los que de otra forma resultarían elevados a límites socialmente inaceptables.

En resumen, la compensación es una institución enormemente eficiente. Sin embargo, de no existir una exclusión como la que nos ocupa en este acápite, tal eficiencia se vería mermada, ya que el costo social que implicaría avalar —a través de una facultad irrestricta de compensar— comportamientos antisociales (como el despojo) sería demasiado alto.

Por otra parte, consideramos que la mencionada restricción no solamente abarca la compensación entre los bienes objeto del despojo y los bienes adeudados por el propietario al autor del despojo. La *ratio legis* del inciso 1 del artículo 1289 del Código Civil, en opinión nuestra, incluye también la prohibición de compensar el monto adeudado por concepto de pago de indemnización de daños y perjuicios en caso de despojo, con el monto que el despojado, a su vez, independientemente, adeudase al despojante[2336].

Este caso sería el de quien despojó a otro de un bien de propiedad de este último, y que posteriormente dispuso de dicho bien (perdiéndolo, consumiéndolo, enajenándolo, etcétera), quedando obligado, como consecuencia de tales actos, al pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. La suma adeudada por semejante concepto no podría ser objeto de compensación con un crédito que este despojante detentase contra el despojado. La razón se basa en el mismo principio que venimos estudiando: el despojante tiene la obligación de restituir lo despojado, y de no ser esto posible, debe pagar la indemnización sustitutiva por los daños y perjuicios ocasionados, por lo que, para estos efectos, se integran ambos conceptos (la deuda original y la de daños y perjuicios), deviniendo en la imposibilidad de compensar la obligación de restituir lo despojado, así como también la de compensar la indemnización por los daños y perjuicios provenientes del despojo, con lo que, por su parte, pudiera adeudarle por otras causas el despojado.

2336 Dicho supuesto se encuentra previsto, por ejemplo, por la legislación argentina, en el artículo 824 de su Código Civil: «No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado».
Nótese que la norma argentina incluye al poseedor legítimo.

Asimismo, consideramos que la norma no circunscribe la prohibición de compensar a los casos de despojo propiamente dicho, sino que la extiende al supuesto en que el bien haya sido obtenido del propio deudor, quien, inducido por medios engañosos, lo entregó voluntariamente a su acreedor. Sería, por ejemplo, el caso de Ana, quien debe mil soles a Juan por concepto de pago de un mes vencido de arrendamiento. Se da la circunstancia de que Ana debe efectuar un pago de mil quinientos soles al colegio donde estudian sus hijos, pero por determinadas razones no puede acudir físicamente a dicho centro de estudios para realizar el pago. Juan se ofrece a hacerlo, toma el dinero, entrega a la escuela tan sólo quinientos soles y se queda con el resto. Luego comunica a Ana que la deuda de ésta con él ha sido compensada con el dinero que le entregó, y que ahora ella adeuda al colegio mil soles.

La interpretación restrictiva de los alcances de la norma tiene otros detractores. Refiere Llambías[2337] la opinión de autores como Salvat, Llerena y Aubry y Rau, quienes sostienen que no se requiere necesariamente de un despojo para que se pueda aplicar la restricción, sino que basta un incautamiento por cualquier medio sin intervención de la justicia. En cambio, señala, para otro sector de la doctrina (dentro del que se encuentran el mismo Llambías, Colmo, Segovia y Machado, entre otros), la prohibición no se aplica en caso de no mediar despojo sino «desapoderamiento» por quien hizo uso de la «justicia privada que le corresponde». Para estos autores —en nuestro ejemplo— la compensación opuesta por Pablo podría ser válida. Nosotros consideramos que los medios engañosos son ilícitos y, por lo tanto, no pueden ser legitimados por el Derecho.

Por otro lado, Llambías sostiene que el impedimento para compensar afecta a quienes realizaron el despojo, es decir, al despojante y a sus eventuales cómplices, mas no a sus herederos, inocentes del delito. Ergo, éstos podrían oponer en compensación el crédito que tengan contra el despojado.

Discrepamos con esta última posición porque consideramos que un delito no debe tornarse en lícito bajo ninguna circunstancia. Los herederos pueden ser inocentes del despojo, pero no por ello quedan autorizados para aprovecharse de él.

2.2. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato

Antes de entrar a la descripción del supuesto planteado por el inciso 2 del artículo 1289 del Código Civil peruano debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato[2338].

2337 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 233.

2338 En nuestra ley civil, el contrato de depósito está definido por los artículos 1814 a 1856 y el contrato de comodato por los artículos 1728 a 1754. Ambos se encuentran previstos por los siguientes artículos:

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante, por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no sólo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos y no sólo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante, fraccionadamente, según lo convenido. Hay un elemento de confianza que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etcétera.

La confianza entraña riesgo y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico. Ahora bien, por todo esto es que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso de que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (mobiliarias, prendarias, hipotecarias, anticréticas, el contrato de fianza, etcétera), y los demás recursos legales a los que se puede acudir cuando el daño está hecho (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etcétera, o configuración de delitos con las consiguientes sanciones penales, etcétera), además del efecto disuasivo de estas últimas. Inclusive el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, lo que desde luego no es exacto.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista (como puede observarse, por ejemplo, en el artículo 1970 que consagra la responsabilidad

---

Artículo 1814.- Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.
Artículo 1854.- El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.
Artículo 1728.- Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.
Artículo 1729.- Hay comodato de un bien consumible sólo si es prestado a condición de no ser consumido.

extracontractual objetiva), en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido (por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual, pues no obstante la norma citada, también existe otra —el artículo 1969— que consagra como regla la responsabilidad subjetiva, además de los restantes artículos sobre la materia, en los que prevalece el subjetivismo), ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso 2 del artículo 1289, cuyo fundamento tiene sus cimientos —como lo hemos dicho— en el honor.

Luego de estas consideraciones preliminares, analizamos sucintamente las prohibiciones a que se refiere el precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado. Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia con los que éste le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Eduardo le debe a Pedro cinco mil soles. Asimismo, el primero, entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de cuatro mil soles. Entonces Pedro tiene un crédito exigible a su favor de cinco mil soles (que Eduardo se demora en pagarle), y a la vez tiene como depositario la suma de cuatro mil soles propiedad de Eduardo, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del Código, pero por la naturaleza de su obligación está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que, si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes, y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que éstos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Eduardo) no se encuentra tan «santificada» por el honor como la obligación de entrega de su acreedor (Pedro), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría verse hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al «honor» en ambas obligaciones. Sin embargo, para no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios, se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a retener (sin disponer ni compensar) tales bienes a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda[2339].

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato sujetos a la prohibición de compensar, ésta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles y no fungibles, si se trata de la compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1288 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal.

Recordamos que, en el caso del contrato de comodato o préstamo de uso, los bienes que el comodatario está obligado a devolver son los mismos que se le entregaron, sean consumibles o no. Como el contrato de mutuo es muy similar al de comodato, con la diferencia de que los bienes consumibles que el mutuatario está obligado a devolver sean exactamente iguales a los recibidos, consideramos que se debería incluir en la referida prohibición a este último contrato, siempre y cuando sea a título gratuito, por las mismas razones por las que se otorga tal estatus al contrato de comodato.

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso del artículo 1289, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también el monto de los daños y perjuicios correspondientes en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

2.3. Se prohíbe la compensación del crédito inembargable

El crédito inembargable tampoco resulta susceptible de compensar. Si bien se puede llegar a esta premisa mediante un razonamiento lógico-jurídico (ya que no estando los créditos inembargables comprendidos en la hipoteca común de los acreedores, no pueden ser empleados para su pago y, siendo la compensación un doble pago ficto, ella se descarta naturalmente respecto de tales créditos), es conveniente su inclusión expresa en la norma, debido al delicado carácter intangible del crédito inembargable, cuya protección por el Derecho debe ser prioritaria en relación con otros derechos patrimoniales.

2339 El derecho de retención, como sabemos, sólo faculta al acreedor a retener el o los bienes de su deudor cuando exista conexión entre el crédito y el o los bienes que se retienen, supuesto que no corresponde al caso bajo análisis.

Así, si se adeuda lo inembargable, no cabe otra cosa que pagar, no sólo porque este tipo de crédito no responde ante los acreedores, sino porque la ley quiere impedir que el acreedor sea privado del beneficio que le otorga el crédito inembargable. Por ello, la compensación resulta inadmisible en este supuesto, ya que de lo contrario se presentaría la situación que, en lugar de cobrar efectivamente su crédito inembargable, el acreedor únicamente se vea liberado de su deuda.

Es el caso, por citar un ejemplo, de las pensiones alimentarias, las cuales constituyen el crédito inembargable por excelencia. El Código Civil peruano de 1936, en su artículo 1295, inciso 2, correspondiente a los supuestos en los que se prohibía la compensación, prescribía específicamente la prohibición de compensar las pensiones alimenticias[2340]. El acreedor que a su vez sea deudor de una pensión de alimentos no puede invocar la compensación para negarse a pagar las cuotas de dicha pensión hasta la concurrencia de su propio crédito, pues esto equivaldría a embargar tal pensión que debe para cobrar lo que a él se le adeuda, y no para servir a la alimentación del pensionista. Por ser una aplicación particular del principio general que hemos mencionado anteriormente, referido a la imposibilidad de compensar el crédito inembargable, el Código Civil de 1984 prefirió establecer la prohibición general, dejando que sean normas específicas sobre distintas materias las que indiquen cuáles créditos son inembargables.

El inciso 3 del artículo 1289 representa, pues, un significativo avance respecto del Código Civil de 1936, ya que no se circunscribe sólo a las pensiones alimenticias, no obstante ser éstas, como dijimos, el más representativo crédito inembargable[2341].

2340 La prohibición específica de compensar las deudas de alimentos tiene su origen en normas como las del Código francés y el Código español:
Artículo 1293 (Código Civil francés).- La compensación tiene lugar, sean cuales sean las causas de una u otra de las deudas, excepto en el caso:
1°. De la demanda de restitución de una cosa cuyo propietario haya sido despojado injustamente.
2°. De la demanda de restitución de un depósito o de un comodato.
3°. *De una deuda que tenga por causa alimentos declarados inembargables.* (La cursiva es nuestra)
Artículo 1200 (Código Civil español).- La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario.
Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito. (La cursiva es nuestra).

2341 En la actualidad, esta prohibición se encuentra específicamente regulada en nuestro Código Civil en el artículo 487, dentro del capítulo correspondiente a alimentos: «El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable».
Resulta mucho más eficiente que cada libro, título o capítulo del Código establezca los derechos inembargables, irrenunciables, intransigibles, etcétera, que le correspondan, ya que con el tiempo y el avance del Derecho los libros del Código pueden irse modificando; se puede ir ampliando el espectro de derechos que revistan determinadas características, o se pueden ampliar las atribuciones a derechos ya consagrados. Cada tema debe, pues, estar regulado en su totalidad en el libro, título o capítulo que le corresponde. Por ejemplo, el caso que nos ocupa, del carácter del derecho alimenticio, es fácilmente ubicable en el artículo señalado, como lo demuestra la Ejecutoria del 10 de marzo de 1987, publicada en el diario oficial *El Peruano*, página número 14891, con fecha 2 de marzo de 1988: «El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, conforme lo dispone el artículo 487 del Código Civil».

Respecto del crédito proveniente de la obligación alimentaria, un sector de la doctrina se encuentra a favor de que la imposibilidad de compensar tal deuda se limite a las deudas por vencer, pues son las únicas que el acreedor (alimentario) necesita para vivir. Las deudas vencidas, bajo esta perspectiva, no son indispensables para su subsistencia, puesto que lo hizo (sobrevivió) sin haberlas obtenido (*nemo vivit in proeteritum*). Otro sector de la doctrina se inclina hacia una posición intermedia o ecléctica, postulando circunscribir la prohibición a las deudas recientemente vencidas, ya que las deudas por vencer, al no ser aún exigibles, no podrían de todas maneras ser compensadas. Las deudas recientemente vencidas pueden todavía ser necesarias para el alimentista, mas no las que han vencido con una mayor antelación en el tiempo. Se considera, asimismo, un factor determinante en la discriminación de los alimentos pasibles de ser compensados, el comportamiento del acreedor de éstos, es decir, evaluar si dicho alimentista ha incurrido en una inacción injustificada para el cobro de sus alimentos, o si, por el contrario, no ha mediado negligencia de su parte en tal cobro.

Creemos, al igual que otros autores, que el espíritu de la ley se centra en la protección del crédito de alimentos y en asegurar su percepción por el beneficiario. Para tal efecto, resultan irrelevantes los factores subjetivos de diligencia y preocupación del acreedor en el cobro de su crédito. Tampoco interesa a la ley que se trate de cuotas ya devengadas o futuras, en tanto las que ya vencieron no hayan caducado por el transcurso del tiempo. La norma establece claramente que el derecho de pedir alimentos es incompensable, lo que equivale a decir que, si el alimentista fuese deudor de la persona que le debe alimentos, no podría producirse la compensación. Ninguna de las partes podría oponerla, invocando el artículo 1288, ni tampoco pueden acordar hacerlo según el artículo 1289. Reforzamos esta idea con las palabras de Manuel Augusto Olaechea, quien sostenía que, en el caso de las pensiones alimenticias, la razón para la prohibición de compensar es aún más profunda que para el supuesto de los bienes depositados, pues el alimento es la vida, por lo que no se podría compensar con la pensión de alimentos, ya que ello significaría el final del principio del motivo de la vida.

Otro crédito inembargable, y por lo tanto incompensable, es el proveniente de una relación laboral. Sería el caso, por ejemplo, de un empleador que debe abonar a su trabajador una renta derivada de un accidente de trabajo. Este crédito del trabajador es inembargable (salvo un porcentaje por concepto de pensiones alimenticias), y el empleador no podría oponer la compensación de dicha obligación a otra que le adeude el primero, como sería un préstamo, un adelanto de sueldo, etcétera. Tal compensación vendría a ser una retención indebida.

Un claro caso de crédito no compensable es el crédito inexigible que resulta de las obligaciones naturales. La inexigibilidad de éstas genera su inembargabilidad. Nadie puede exigir, en consecuencia, embargar y, por lo tanto, compensar una deuda prescrita, ni tampoco una deuda proveniente del juego y apuesta no autorizados ni prohibidos.

ARCHIVO MARIO CASTILLO FREYRE

En resumen, todo crédito que la ley señale como inembargable será incompensable.

En nuestro Código Civil existen, a lo largo de los diferentes libros que lo integran, disposiciones que prescriben la inembargabilidad de determinados créditos o bienes. Así, por ejemplo, encontramos en el artículo 136[2342] el caso de la inembargabilidad de las tierras pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.

Otros casos de bienes o derechos inembargables establecidos por las normas del Código Civil son la porción calificada como tal —inembargable— del usufructo legal de los bienes de los hijos que se encuentren bajo la patria potestad del o de los padres[2343], y finalmente el patrimonio familiar[2344] y hasta la tercera parte de sus frutos.

El cuerpo normativo que en nuestro ordenamiento jurídico enumera en forma ordenada (en un solo artículo) a los bienes calificados como inembargables es el Código Procesal Civil (Decreto Legislativo n.º 768, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993), a través de su artículo 648, el cual fue modificado por la Ley n.º 26599, de fecha 24 de abril de 1996[2345]:

2342 Artículo 136.- Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e *inembargables*, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.
Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad. (La cursiva es nuestra)

2343 Artículo 439.- El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437. (Estas obligaciones son las que pesan sobre todo usufructuario, salvo la de prestar garantía y los gastos de los hijos por concepto de alimentos)

2344 Artículo 488.- El patrimonio familiar es *inembargable*, inalienable y trasmisible por herencia. (La cursiva es nuestra).
Artículo 489.- Puede ser objeto del patrimonio familiar:
1.- La casa habitación de la familia.
2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.
El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.
Artículo 492.- *Los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes*, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias. (La cursiva es nuestra)

2345 El texto original del artículo 648 fue el siguiente:
Artículo 648.- *Bienes inembargables*
Son inembargables:
1. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil;
2. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;
3. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;
4. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
5. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

Artículo 648.- *Bienes inembargables*

Son inembargables[2346]:

[...]

2. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil;
3. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;
4. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;
5. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

   Cuando se trate de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;
7. Las pensiones alimentarias;
8. Los bienes muebles de los templos religiosos; y
9. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 3. y 4., cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También

---

Cuando se trate de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;

6. Las pensiones alimenticias;
7. Los bienes muebles de los templos religiosos; y,
8. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 2. y 3., cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables.

2346 De conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de enero de 1997, publicada el 7 de marzo del mismo año, se falló declarando fundada en parte la demanda que pide que se declare inconstitucional la Ley n.º 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el artículo 648 del Código Procesal Civil, con el tenor siguiente: «Son inembargables: 1. Los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan», precisando que subsiste la vigencia del artículo 73 de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público; e infundada la demanda en lo demás que contiene.

pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables, con excepción de los que generen los bienes señalados en el inciso 1.

Los bienes del Estado, como hemos visto, son considerados inembargables en su totalidad por la norma adjetiva; sin embargo, ésta última ha sido declarada inconstitucional por el órgano competente, pero a la fecha no existe una ley especial que subsane este vacío en el Perú. Mientras tanto, no es posible embargar tales bienes, por lo que tampoco pueden ser objeto de compensación. Al ser promulgada la ley que determine taxativamente los bienes pasibles de embargo, se podrá establecer con exactitud los casos en que la compensación puede operar cuando el Estado se encuentre como parte de la relación obligacional.

Nuestro Tribunal Constitucional en los Expedientes n.° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, con relación a la embargabilidad de los bienes del Estado, tuvo oportunidad de señalar que «la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables».

A la fecha de elaboración de la tercera edición de la presente obra, tenemos que, mediante Informe n.° 031-2014-SUNAT/5D0000[2347] se ha determinado que son embargables los derechos de crédito y/o acreencias de los gobiernos locales o regionales por el uso o explotación de sus bienes por parte de terceros, en la medida que se trate de bienes de dominio privado, debiendo ser determinado ello en cada caso en concreto.

Por ende, ante el vacío de nuestra legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público.

2.4. Se prohíbe la compensación entre los particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley

La prohibición de compensar con el Estado es un tema con diversidad de aristas, en especial debido a que su regulación suele corresponder —al igual que en el caso de la inembargabilidad de los bienes del Estado, analizado en el inciso 3 del

2347 Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. *Índice correlativo de consultas 2014*. Recuperado de: https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2014/indcor.htm [Texto correspondiente a la tercera edición]

artículo 1289— a coyunturas políticas, razón por la cual consideramos pertinente realizar una breve reseña de la evolución legislativa de esta norma en nuestro país.

Veremos cómo los fundamentos que sostienen la lógica de esta prohibición se encuentran estrechamente relacionados, y hasta se confunden, con los que señalan a los bienes del Estado como inembargables. La diferencia sustancial radica en que, en el presente caso, la prohibición se orienta a la calidad —pública o privada— de los sujetos participantes en la relación obligacional, en tanto que, en el caso del crédito inembargable compuesto por los bienes del Estado, la prohibición de compensar es indiferente a los sujetos que intervienen, circunscribiéndose a los bienes en sí.

El antecedente inmediato del inciso 4 del artículo 1289 se encuentra en el Código Civil de 1936.

Manuel Augusto Olaechea sustentaba esta prohibición en los siguientes términos[2348]:

> El Proyecto incluye en el número de las deudas incompensables las que coexisten entre los particulares y el Estado. El fundamento de la prohibición reside en las mismas consideraciones que sustentan el artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles que prohíbe la acción ejecutiva contra la Hacienda Nacional.
>
> El Código Alemán autoriza la compensación contra los créditos del Imperio o de alguno de los Estados o Municipios, cuando la prestación se refiere a la misma Caja que debe pagar el crédito que se le opone. El Código Suizo prohíbe la compensación de las acreencias de Derecho Público. El del Brasil establece que los derechos fiscales de la Nación, de los Estados y Municipalidades, no podrán ser objeto de compensación sino en los casos previstos por las leyes y reglamentos de Hacienda. Y el Argentino dispone que las deudas y créditos de particulares y del Estado no son compensables si las deudas de particulares provienen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales; o de contribuciones directas o indirectas, o de alcances de otros pagos que deben efectuarse en las aduanas; si las deudas y créditos no son del mismo departamento o ministerio; y si los créditos de particulares se encuentran comprendidos en la consolidación de créditos contra el Estado que hubiere ordenado la ley[2349].

2348 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, p. 31.

2349 Manuel Augusto Olaechea desarrollaba de modo más extenso sus consideraciones con respecto a la prohibición contenida en el inciso bajo análisis en un memorándum al interior de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1936 (Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, pp. 96-98):
«El Anteproyecto incluye en el número de las deudas que no son compensables las que existen entre el Estado y particulares. El carácter absoluto de la prohibición adoptada reposa en las mismas consideraciones que sustentan al artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles, por el cual se prohíbe la acción ejecutiva contra la Hacienda Nacional.

La Exposición de Motivos de este Código dice:
"El fundamento de esta prohibición descansa en un precepto constitucional, en una presunción de derechos y en las conveniencias públicas. Nuestra carta política estatuye que es atribución del Congreso reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla (artículo 53, inciso 7). (La Constitución promulgada en 1920 contiene idéntico precepto). Si el crédito a cargo del Fisco cuyo pago se reclama, es contencioso, está expedita la jurisdicción de los tribunales para conocer del asunto hasta el pronunciamiento de la sentencia que declare el derecho; pero obtenida la ejecutoria, no puede el acreedor hacerla efectiva por el procedimiento común de la ejecución de sentencias, sino que debe acudir al Congreso para que determine el modo y forma de efectuar el pago; siendo este último, el camino que corresponde seguir a todos los acreedores del Estado, aunque su derecho conste de instrumentos ejecutivos, por el fin jurídico de éste y el destino público de sus bienes y rentas.
De hacerse el pago ejecutivamente a favor de un interesado, por providencia de un tribunal —dice una real orden española de 28 de febrero de 1844— vendría a seguirse que aquel estaría facultado para pedir, y los tribunales para otorgar, el total aniquilamiento de los intereses del Estado; y de aquí resultaría que, en beneficio de algunos particulares, y por sentencia de los tribunales, serían desatendidas y abandonadas las atribuciones públicas más privilegiadas y perentorias, y que las leyes quedarían sin valor ni fuerza por acuerdo de unos cuerpos que reciben su poder y sus facultades de ellas mismas.
La ley presume que el Estado no necesita ser requerido para el pago de sus deudas; que cumple sus obligaciones en conformidad a sus facultades; y no autoriza a acreedor alguno a embargar, en su exclusivo provecho, las entradas de Aduana, o cualesquiera otros bienes o rentas fiscales paralizando la marcha de la administración y el desarrollo de las energías nacionales, y comprometiendo la tranquilidad pública y aun la existencia del Estado.
La presunción de regularidad de los actos de la autoridad pública, podría, sin embargo, ser desvirtuada, si el acreedor lograse que el Congreso reconozca su crédito y consigne en el Presupuesto General la respectiva partida para cancelarlo en todo o en parte, y el Gobierno descuidase o retardase su pago. Aún así, no procedería la ejecución contra la Hacienda Nacional: 1° Por lo anteriormente expuesto; 2° Porque la ejecución de la ley de Presupuesto, es del exclusivo resorte de la Administración; y la responsabilidad en que incurren los altos funcionarios del Estado por la infracción de esa como de cualquiera otra ley, no puede hacerse efectiva, sino en el modo y forma que determina la Constitución y las leyes especiales; y 3° Porque no habría manera de hacer práctica la ejecución forzada.
Pero como las leyes otorgan a las Beneficencias, Municipalidades, establecimientos de instrucción y a los menores, los mismos privilegios de que en general gozan los intereses fiscales, este Código agrega que la prohibición aludida no se extiende a favor de ninguna otra persona o institución; porque ninguna de ellas puede invocar en su apoyo las razones en que ese privilegio excepcional se funda".
El Código alemán autoriza la compensación contra los créditos del Imperio o de alguno de los Estados confederados, y contra los créditos de un Municipio, cuando la prestación incumbe a la misma Caja en que deba pagarse el crédito de aquel que oponga la compensación (artículo 395).
El Código de Suiza sólo prohíbe la compensación de las acreencias derivadas del Derecho Público en favor del Estado y de los Municipios (artículo 125).
El Código del Brasil establece que los derechos fiscales de la Nación, de los Estados y de los Municipios, no podrán ser objeto de compensación sino en los casos previstos por las leyes y reglamentos de Hacienda (artículo 1017).
Y el Código argentino establece que las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes: 1° Si las deudas de los particulares provienen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las Aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etc.; 2° Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio; y 3° En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley.
Hemos preferido la solución absoluta que el Anteproyecto preconiza, tanto para vigorizar la acción del Estado como para impedir abusos peligrosos».

Por otro lado, León Barandiarán apoyaba la norma bajo comentario desde un ángulo distinto, no tanto desde un punto de vista político, sino más bien funcional. El citado jurista[2350] sostenía lo siguiente:

> El temperamento mismo adoptado, que se halla en el inciso 3 del artículo 1295, no requiere mayormente ser explicado. El Estado es por definición solvente y se halla en capacidad de pagar sus obligaciones. De ahí que no haya embargo contra él. La necesidad de que no se paralice el funcionamiento de los servicios públicos a cargo del Estado, explica que se quiera que las fuentes de ingresos fiscales emanantes de las contribuciones que paguen los particulares, no dejen de seguir suministrando tales ingresos.
>
> De lo anterior deriva que no cualesquiera deudas de particulares en favor del Estado deberán ser incompensables, sino sólo aquellas que importen verdaderamente deudas fiscales, conforme a la indicación en tal sentido del artículo 1017 del Código Civil del Brasil. Mas, el inciso 3 del artículo 1295 ahora comentado se refiere en forma general a las deudas entre los particulares y el Estado.

Las razones expuestas por Manuel Augusto Olaechea fueron las que determinaron el espíritu y la redacción del artículo 1295 del Código Civil de 1936[2351]. Este precepto se inclinó por la prohibición absoluta de compensar cualquier deuda entre los particulares y el Estado, en concordancia con el Código de Procedimientos Civiles, vigente en la época, el cual establecía que contra la Hacienda Nacional no había acción ejecutiva ni tampoco embargo preventivo, en ningún caso. Según la Constitución Política de 1933, quien tenía un crédito contra el Estado requería acudir al Congreso, que debía primero reconocer la deuda nacional y luego, en caso de hacerlo, señalar los medios para consolidarla y/o amortizarla. Suponiendo que el crédito hubiese sido reconocido por sentencia con autoridad de cosa juzgada, el acreedor no podía exigir su pago por el procedimiento regular de ejecución de sentencia, sino que nuevamente era el Congreso el órgano que debía proveer en el presupuesto la suma necesaria para realizar el pago. Un efecto de estas prohibiciones para los particulares respecto a las deudas con el Estado, era que el acreedor del Estado con crédito para el cual existía una partida de pago en el presupuesto, no podía compensar con la deuda a favor del Estado; al margen de cuán cercana o remota hubiese sido la posibilidad de que el Estado le pagase lo adeudado.

El Código Civil peruano de 1984, a diferencia del Código de 1936, optó por regular el tema de la prohibición de compensar con el Estado en dos incisos. Como

2350 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.,* tomo II, p. 514.

2351 Artículo 1295.- Se prohíbe la compensación:
1° En la restitución de un depósito, o de un comodato;
2° En las pensiones alimenticias;
3° *Entre los particulares y el Estado.* (La cursiva es nuestra)

sabemos, el inciso 3 alude al crédito inembargable en general, debiendo ser leyes especiales (como el Código Procesal Civil) las que determinen cuáles créditos se consideran inembargables. Entre ellos se encuentran los bienes del Estado, los mismos que —como hemos dicho— aún no se hallan delimitados en su carácter de inembargables. Asimismo, el inciso 4 ofrece una redacción similar a la del Código anterior, en el sentido de que se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, pero con la salvedad de los casos permitidos por leyes especiales.

Antes de analizar las excepciones al inciso 4 del artículo 1289, determinadas por leyes especiales, es necesario precisar que el concepto de Estado, para los efectos de la compensación, fue objeto de una ampliación interpretativa por parte de una ley especial, mediante la cual se extendió dicho concepto a fin de que su ámbito comprenda a la deuda externa de corto, mediano y largo plazo sujeta a renegociación. De ese modo, a partir de junio de 1992, este tipo de créditos contra el Estado no fueron compensables directa ni indirectamente[2352].

Existen legislaciones en las que se da un tratamiento de excepción a este inciso, es decir, que se enumeran los casos de deudas entre particulares y el Estado

2352 Se trata del Decreto Supremo n.° 110-92-EF, promulgado el día 19 de junio de 1992 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 22 de junio de 1992, cuyo texto es el siguiente:
«CONSIDERANDO
Que, es necesario establecer un marco que permita ordenar el manejo de la Deuda Externa y preparar la negociación con los acreedores;
Que, mediante diversos dispositivos legales se ha reservado para el Estado la negociación y manejo exclusivo de buena parte de la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo;
Que, el numeral 4to. del Artículo 1290 del Código Civil prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, salvo los casos permitidos por la ley;
Que, dentro del ámbito de Estado a que se refiere el artículo del Código Civil antes indicado, se encuentra inmersa la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo sujeta a Renegociación, de acuerdo a los dispositivos legales vigentes, siendo conveniente ratificar en forma expresa este concepto;
Con la opinión favorable del Comité de Deuda Externa, en su Sesión de fecha 09 de junio de 1992; y,
De conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.° 560 - Ley del Poder Ejecutivo y el Decreto Ley n.° 25418;
DECRETA:
Artículo 1.- La Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo, que es objeto de Renegociación según lo dispuesto por los Decretos Supremos n.°s. 198-83-EFC, 175-83-EFC, 015-92-EF y Decretos Legislativos n.°s 272 y 368, sus modificatorias, ampliatorias y demás normas reglamentarias, está considerada en el ámbito de "Estado" a que se refiere el numeral 4to. del Artículo 1290 del Código Civil.
De acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo sujeta a Renegociación, no es objeto de compensación directa ni indirecta.
Artículo 2.- Los cambios de acreedor que se hayan producido o produzcan en el futuro, como consecuencia de las cesiones de derecho, así como los cambios de modalidad de pago, moneda, lugar de cumplimiento de la obligación, ley aplicable (y cualquier otra modificación en los términos pactados en los convenios originales) no alteran la calificación de Deuda Externa sujeta a Renegociación, conforme a lo señalado en el artículo precedente.
Artículo 3.- Lo señalado en el Artículo 1, no conlleva necesariamente la calificación de deuda pública o de deuda asumida por el Estado.
[...]».

que no están sujetas a compensación. En los referidos supuestos, la compensación entre los particulares y el Estado es posible, salvo los casos especificados por la norma. Nuestra ley, por el contrario, basándose en que en principio los bienes de dominio público son inembargables, además del caos que representaría el que un particular pudiese compensar una deuda que tiene con una institución gubernamental contra un crédito que detente contra alguna región del Estado, etcétera, ha otorgado carácter de general a la prohibición de compensar las deudas entre el Estado y los particulares, siendo leyes especiales las que se encargarán de especificar los casos de excepción a este principio.

En suma, la prohibición contenida en el inciso 4 del artículo 1289 tiene, entre otros fundamentos, su principal sustento en que el dinero que recauda el Estado se aplica a los servicios públicos y, por lo tanto, no se permite a un particular dejar de pagar sus deudas, vía compensación.

En efecto, los recursos del Estado tienen como destino y finalidad la atención de funciones y servicios públicos; éstos, destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, no deben verse constreñidos o inhabilitados por la ausencia transitoria de los fondos requeridos para costearlos. Por ello es que los deudores (particulares) del Estado no pueden estar facultados a exonerarse de proveer tales fondos alegando los créditos que pudiesen tener contra el Estado.

Respecto a la posibilidad de compensación en el Perú entre particulares y el Estado, autorizada por ley especial, probablemente el caso más típico es la compensación que aquéllos realizan con el fisco[2353].

Al respecto, el Código Tributario (Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo n.° 133-2013-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de junio de 2013), vigente desde el 6 de febrero del 2004, prescribe lo siguiente:

2353 Cuando se promulgó el Código Civil peruano, en 1984, el Código Tributario vigente en esa época establecía, en su artículo 35, lo siguiente:
Artículo 35.- La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, con los créditos liquidados y exigibles por tributos y por sanciones e intereses derivados de tributos, pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo organismo.
Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, conforman un mismo organismo todas las dependencias integrantes del Gobierno Central.

Posteriormente, este Código fue sustituido por el Texto Único Ordenado de Código Tributario, con las modificaciones establecidas en los Decretos Legislativos 641 y 769. Dicho cuerpo legislativo también recogía la figura de la compensación como una de las formas de extinción de la obligación tributaria; ello, en su artículo 36:
Artículo 36.- La Administración Tributaria podrá compensar la deuda tributaria, total o parcialmente, con los créditos por tributos y sanciones pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos.
Los deudores tributarios o sus representantes podrán realizar dicha compensación, con los pagos a cuenta del mismo tributo que hubieren realizado en exceso, siempre que no se encuentren prescritos. Respecto de los demás pagos en exceso o indebidos, deberán solicitar a la Administración Tributaria la emisión de la correspondiente Nota de Crédito Negociable.

Artículo 40.- *Compensación*

La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente con los créditos por tributos, sanciones, intereses y otros conceptos pagados en exceso o indebidamente, que correspondan a períodos no prescritos, que sean administrados por el mismo órgano administrador y cuya recaudación constituya ingreso de una misma entidad. A tal efecto, la compensación podrá realizarse en cualquiera de las siguientes formas:

1. Compensación automática, únicamente en los casos establecidos expresamente por ley.
2. Compensación de oficio por la Administración Tributaria:
   a) Si durante una verificación y/o fiscalización determina una deuda tributaria pendiente de pago y la existencia de los créditos a que se refiere el presente artículo.
   b) Si de acuerdo a la información que contienen los sistemas de la SUNAT sobre declaraciones y pagos se detecta un pago indebido o en exceso y existe deuda tributaria pendiente de pago.

   La SUNAT señalará los supuestos en que opera la referida compensación.

   En tales casos la imputación se efectuará de conformidad con el artículo 31.
3. Compensación a solicitud de parte, la que deberá ser efectuada por la Administración Tributaria, previo cumplimiento de los requisitos, forma y condiciones que ésta señale.

La compensación señalada en los numerales 2) y 3) del párrafo precedente surtirá efecto en la fecha en que la deuda tributaria y los créditos a que se refiere el primer párrafo del presente artículo coexistan y hasta el agotamiento de estos últimos.

Se entiende por deuda tributaria materia de compensación a que se refieren los numerales 2. y 3. del primer párrafo del presente artículo, al tributo o multa insolutos a la fecha de vencimiento o de la comisión o, en su defecto, detección de la infracción, respectivamente, o al saldo pendiente de pago de la deuda tributaria, según corresponda[2354].

En el caso de los anticipos o pagos a cuenta, una vez vencido el plazo de regularización o determinada la obligación principal, se considerará como deuda tributaria materia de la compensación a los intereses devengados a que se refiere el segundo párrafo del artículo 34, o a su saldo pendiente de pago, según corresponda.

Al momento de la coexistencia, si el crédito proviene de pagos en exceso o indebidos, y es anterior a la deuda tributaria materia de compensación, se

2354 Artículo modificado por el artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> imputará contra ésta en primer lugar, el interés al que se refiere el artículo 38 y luego el monto del crédito.
>
> Para efecto de este artículo, son créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias.

Como vemos, este precepto indica cuáles son las posibilidades de realizar una compensación entre particulares y el Estado.

Finalmente, sobre este supuesto, en materia jurisprudencial observamos la Casación n.º 394-2014-Lima, de fecha 19 de junio de 2014, «*Tercero.*- Como sustento de su recurso sostiene que es tenedora de Bonos de Reconstrucción cuyo deudor es el Estado peruano; sin embargo, éste a través de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT, le pretende cobrar la deuda tributaria; en consecuencia, en el proceso de autos se pretende obtener una declaración judicial en el sentido que el Estado peruano le adeuda a la recurrente el valor de dichos Bonos y como segunda pretensión autónoma, se declare que constituye un ejercicio abusivo de derecho que el Estado peruano "pretenda cobrar cualquier tipo de obligación que hubiere generado para la recurrente, en atención a que el Estado mantiene frente a la recurrente pendientes de pago los valores de los Bonos. No se ha respetado su derecho de acudir en busca de tutela jurisdiccional efectiva, de defensa, de ser oídos, de producir prueba, de formular medios impugnatorios y de obtener una sentencia motivada en hechos y en derecho, con sujeción a lo actuado, de conformidad con lo establecido por los artículos I y II del Título Preliminar del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. *Cuarto.*- Que, al respecto, cabe manifestar que las instancias de mérito han rechazado la demanda interpuesta argumentando que: el artículo 1219 del Código Civil autoriza al acreedor a emplear las medidas legales para que el deudor le procure aquello a que está obligado, asimismo, dicho artículo concede al acreedor el derecho de acción para exigir judicialmente el cobro de su acreencia, motivo por el cual la petición de la actora deviene en improcedente, ya que no puede impedirse que el acreedor haga cobro de las obligaciones a su favor; por tanto, no se incurre en abuso de derecho por exigir lo adeudado. Además, que la ley prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, de conformidad con el artículo 1290 inciso 4 del Código Civil. Por tanto, la pretensión planteada por el actor constituye un imposible jurídico y si una de las pretensiones formuladas es imposible se concluye que existe una indebida acumulación de pretensiones».[2355]

2355 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 393. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-394-2014-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

LEDOMIRO CASTILLO FREYRE

Oponibilidad de la compensación por el garante

Artículo 1291.- El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1291

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 24, Título XIV, Partida Quinta: «*No tan solamente los debdores principales pueden descontar un debdo por otro, mas aun sus fiadores lo pueden fazer también, de la debda que deuiessen a aquel a quien fiaron, como de la que deuiessen a el mismo*».

El artículo 1291 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 trataba el tema en su artículo 890: «El fiador puede hacer compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; mas éste no puede compensar su deuda con lo que el acreedor debe al fiador; tampoco puede un deudor *in solidum* compensar su deuda con lo que el acreedor debe a los otros coobligados».

Por su parte, el Código Civil de 1852 legislaba la materia en el artículo 2259: «El deudor no puede reclamar compensación con lo que se debe a su fiador, o a otro deudor solidario; pero el fiador puede pedirla de lo que deba el acreedor al deudor principal»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 2990: «El deudor no puede reclamar compensación de lo que debe con lo que el acreedor deba al fiador, o a otro deudor solidario; pero el fiador puede pedir compensación de lo que su fiado debe al acreedor, con lo que el acreedor debe al fiado, o con un crédito personal del fiador».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en el artículo 274: «El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 262: «El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador»; seguido por el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 en el artículo 1286: «El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor

EDITORIAL PERÚ - GUILLERMO FREYRE

principal»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1297: «El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se pronunciaba sobre el tema en el artículo 154: «El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.— El mismo derecho corresponde al tercero que ha constituido una hipoteca o una prenda»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 146: «El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor».

Finalmente, prescribía el artículo 1309 del Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981: «El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor»; y el artículo 1258 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor».

2. Análisis

A través del artículo 1291 del Código Civil se establece la facultad del garante de oponer la compensación de la deuda de la persona a quien ha garantizado (bien sea con fianza, prenda, garantía mobiliaria, anticresis o hipoteca), con el crédito que éste pudiese tener contra su propio acreedor.

Se trata de una excepción a la regla general de que la compensación es un derecho personalísimo y, por ende, que nadie más que el propio deudor puede oponer la compensación entre su obligación y el crédito que coincidentemente tenga contra el mismo acreedor.

Las excepciones a las reglas generales o específicas obedecen en muchos casos a criterios de índole práctico, pero la mayor parte de las veces son decisiones legislativas basadas en principios éticos o de justicia, los cuales se colocan por encima de los principios estrictamente jurídicos. En este supuesto, el principio del carácter personalísimo de la compensación se subordina al más elevado principio de la equidad[2356].

Suponiendo que el deudor principal detentase un crédito compensable con su deuda, el garante podrá oponer la compensación, aunque la deuda principal

2356 Al respecto, consideramos pertinente reproducir las palabras de Felipe Osterling (Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 179), uno de los autores de este trabajo, a propósito de la Exposición de Motivos de este precepto: «El principio es inobjetable y se apoya en razones de equidad evidentes: el garante también puede oponer la compensación. Se comprende en ese concepto no sólo al fiador, sino a todo aquél que de algún modo hubiera garantizado la obligación, incluidos los otorgantes de prenda o hipoteca a los que alude el segundo párrafo del artículo 1247 del Código Italiano».

sea ajena. Esta tesis constituye una excepción a la regla de nuestro ordenamiento relativa a la imposibilidad de un deudor de oponer la compensación de su codeudor solidario al acreedor común, y se justifica porque el garante no es el obligado principal y por ello no está «pagando su deuda con el bolsillo de otro».

Según anota Lodovico Barassi[2357], la compensación puede oponerse por los terceros que hubiesen prestado garantía en favor de los deudores (fiador, tercero que haya constituido hipoteca, prenda o garantía mobiliaria); tales terceros no pueden ser constreñidos al pago, sino cuando pueda serlo el deudor principal. Es, según Barassi, una excepción personal del garante.

Si bien la figura del garante supone características en cierto modo similares a la solidaridad pasiva —particularmente la fianza solidaria—, en lo relativo al tema de la compensación ostenta diferencias sustanciales.

El requisito de la reciprocidad de obligaciones, indispensable para la compensación, debe existir en forma directa entre el obligado principal y el acreedor. Pero el fiador, si bien no se beneficia con el crédito, sí puede salir perjudicado con el incumplimiento de aquel a quien garantiza, razón por la cual tiene la potestad de invocar dicha compensación.

Existe una estrecha concordancia entre esta facultad del fiador y el beneficio de excusión, derecho del fiador simple establecido por el artículo 1879 de nuestro Código Civil («El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor»).

El artículo 1291 se encuentra en aparente contradicción con el artículo 1885 de nuestro mismo cuerpo legal, precepto que establece la facultad del fiador de oponer todas las excepciones que corresponden al deudor —aunque éste haya renunciado a ellas—, salvo las que sean inherentes a su persona, es decir, las que tengan, como ocurre con la compensación, carácter personalísimo. En opinión nuestra, sin embargo, no existe tal conflicto, pues consideramos que lo previsto por el artículo 1885 reviste carácter general. En cambio, la norma que concede al fiador la facultad de oponer la compensación entre el acreedor y el deudor es de carácter particular, como una especial excepción a la regla. La compensación es, pues, la única excepción personal correspondiente al deudor que el fiador puede oponer contra el acreedor, debido a su particular condición de deudor subsidiario, la que surge del carácter accesorio de su obligación.

Sobre la compensación que el fiador invoque respecto de la obligación por él afianzada (obligación principal) y lo que el acreedor le adeude, la doctrina no es uniforme: un sector opina que se trataría de una compensación voluntaria o facultativa, pues el derecho propio —personalísimo— que exige la compensación unilateral no se encuentra presente; otro sector de la doctrina, en cambio, estima

2357 Barassi, Lodovico. *Op. cit.*, tomo II, pp. 205 y 206.

que el fiador sí es titular de la calidad de deudor, puesto que, si bien se ha obligado accesoriamente por el deudor principal (su calidad es de sujeto pasivo accesorio), su obligación hacia el acreedor le es propia. Estaría, pues, actuando por derecho propio al oponer la compensación entre su crédito contra el acreedor y la deuda principal que está afianzando.

Nos adscribimos a esta última corriente[2358].

Es de notar que, independientemente de la posición asumida, existe unanimidad en admitir la procedencia de la compensación entre la deuda principal y el crédito que tenga el fiador contra el acreedor.

Por ello, si el acreedor exigiera el pago al fiador y éste le opusiera la compensación de su propio crédito, el acreedor renuente a aceptar esta solución podría pretender dirigirse contra el deudor principal, demandándole el pago de la obligación, pero éste podría alegar que dicha obligación ya no existe, por haber operado tal compensación entre acreedor y fiador. Lo que quedaría es una nueva obligación entre el deudor y su fiador, mas ninguna con el «exacreedor», pues esta deuda se extinguió; de lo contrario, el acreedor recibiría satisfacción doble (por parte del fiador y por parte del deudor).

En cambio, el deudor no puede oponer en compensación el crédito que su fiador tenga contra el acreedor, pues de hacerlo agravaría la situación del fiador, quien se obligó a pagar únicamente en defecto del deudor. La razón es justa y evidente: la deuda del fiador es sólo accesoria o subsidiaria, mientras que la del deudor es principal. De otro modo, el fiador resultaría pagando por el deudor sin antes haber hecho excusión de los bienes de este último, no obstante no tener la condición de solidario.

Si, como vimos anteriormente, no procede la compensación que pretendiese oponer un codeudor solidario (respecto de la deuda común) contra el crédito que otro codeudor tuviera con el acreedor, con mayor razón resultaría inadmisible la que eventualmente opusiera un deudor respecto de su deuda con el crédito detentado por el fiador con el acreedor.

En resumen, el deudor principal no tiene la facultad de invocar contra el acreedor la compensación entre su obligación y el crédito del fiador; empero, sí puede atenerse al efecto extintivo generado por la compensación opuesta por el fiador.

Como sabemos, contrariamente al fiador simple, el fiador que se obliga en forma solidaria carece del beneficio de excusión[2359].

2358 En los mismos términos se expresa Hundskopf Exebio (Hundskopf Exebio, Oswaldo. «Oponibilidad de la compensación por el garante». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 748).

2359 Así lo establece el artículo 1883 del Código Civil de 1984:
Artículo 1883.- *La excusión no tiene lugar*:
1.- Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.

No obstante, esto no significa que el fiador solidario se convierta en un codeudor solidario, ya que no debemos dejar de tomar en cuenta la naturaleza de la fianza, que es enteramente distinta. La solidaridad, por tanto, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y en absoluto convierte al fiador en deudor directo de la obligación principal. La más importante diferencia entre la fianza simple y la fianza solidaria estriba en que, en esta última, el fiador no goza ni del beneficio de excusión ni, mediando varios fiadores, del beneficio de la división. Por lo demás, el tratamiento es muy semejante, no existiendo diferencia alguna en lo relativo a la compensación[2360].

Finalmente, siguiendo el mismo criterio de la solidaridad pasiva, un cofiador no puede oponer en compensación el crédito que otro de los cofiadores tenga contra el acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FUENTE

2.- *Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.*
3.- En caso de quiebra del deudor. (La cursiva es nuestra)

2360 Sólo a título ilustrativo, diremos que las normas sobre la materia en el ordenamiento chileno reflejan la misma solución que nuestro Código. En tal virtud, consideramos conveniente remitir al lector a un comentario acerca de la jurisprudencia de ese país, efectuado por Manuel Somarriva (Somarriva Undurraga, Manuel. *Las obligaciones y los contratos ante la* jurisprudencia. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 86 y 87).

Oponibilidad de compensación al cedido

Artículo 1292.- El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1292

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 abordaba 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»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2260: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba la materia en su artículo 2989: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 270: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 258: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponerse al cedente»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1258: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente»; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1296: «El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente».

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 155: «El deudor que ha consentido pura y simplemente en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer la compensación que habría podido oponer al cedente. La cesión no aceptada por el deudor, pero notificada a éste, impide la

EDICIONES LEGALES OFREYRE

compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la notificación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 147: «El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 contemplaba el tema en el artículo 1310: «El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1259: «El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente».

2. Análisis

El artículo 1292 del Código Civil peruano alude a una modalidad de trasmisión de las obligaciones constituida por la cesión de derechos. A fin de realizar el análisis que corresponde, es pertinente ubicarnos en la figura de la cesión de derechos, regulada por los artículos 1206 y siguientes del Código Civil[2361].

Como se recuerda, en términos generales, por medio de la cesión de derechos el acreedor —quien tiene un crédito a su favor contra el deudor— transfiere a un tercero —cesionario— su derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor. Es el caso de que Juan adeude a María la suma de dos mil soles, por concepto de pago del precio de un bien objeto de una compraventa. Supongamos que por alguna razón María decide disponer de dicho crédito y lo transfiere a Eduardo. De esta forma, será Eduardo (cesionario) el nuevo acreedor de Juan (deudor/cedido), y ya no María (acreedora inicial/cedente).

Para que opere la cesión de derechos no es necesario que el deudor (en nuestro ejemplo, Juan) asienta. Sólo se requiere que el cedente (María) y el cesionario (Eduardo) acuerden tal cesión por escrito, produciendo ésta efecto contra el deudor cedido (Juan) desde que le sea comunicada fehacientemente o desde que la haya aceptado.

Esta figura es muy empleada hoy en día, particularmente en el ámbito comercial. Es el caso de las empresas que teniendo una «cartera pesada» (créditos por cobrar) muy grande y de difícil cobranza, deciden «venderla» a otras instituciones (por ejemplo, bancos). Por lo general, éstas últimas adquieren dichas carteras a un precio inferior al del monto a cobrar, el cual es castigado según los riesgos

2361 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y gastos que se estima implicará dicha cobranza. A nivel más simplificado, sería el caso del endoso de títulos valores.

Ahora bien, en el supuesto de compensación que nos ocupa, el artículo 1292 del Código Civil prescribe que, si el deudor cedido consintió en tal cesión, ya no puede oponer al cesionario (su nuevo acreedor) la compensación que hubiera podido oponer al cedente (su antiguo acreedor).

Continuando con nuestro ejemplo, suponiendo que María —quien como sabemos es acreedora de Juan por dos mil soles— fuese a su vez deudora de Juan por una suma igual, en mérito de un servicio prestado por éste. Es evidente que cualquiera de los dos podría oponer la compensación de ambas obligaciones de dar sumas de dinero. Pero si ninguna de las partes ha invocado aún dicha compensación y María conviene con Eduardo en trasmitirle el derecho de exigir la prestación a cargo de Juan, ¿qué ocurre con la facultad de compensar de éste?

Existen dos posibilidades, dependiendo de la participación de Juan en la cesión de derechos:

(a) Si Juan aceptó o consintió en que María ceda su derecho a Eduardo, no podrá oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer a María.

(b) Si Juan no ha consentido o aceptado tal cesión, sí podrá oponer a Eduardo la compensación que hubiera podido oponer a María.

En este supuesto, si Juan opusiera a Eduardo la compensación, extinguiría su propia deuda por los dos mil soles y también el crédito a su favor que tiene contra María. Ya no habría obligaciones entre él (Juan) y María, sino entre Eduardo y María.

La norma contenida en el artículo 1292 puede parecer contradictoria con el espíritu de la cesión de derechos, por cuanto para que esta última produzca efecto no se requiere de la aceptación del deudor (cedido). Basta con que el deudor simplemente haya tomado conocimiento de la cesión, es decir, que se le haya comunicado fehacientemente. Por ello, resulta irrelevante su conformidad, no importando su opinión sobre el particular.

De no ser así, y se requiriera de la aceptación del deudor antes de proceder el acreedor a ceder su derecho a un tercero, las operaciones se entorpecerían hasta límites inaceptables. El crédito a favor de una persona es un recurso que debe aprovecharlo en la forma más eficiente, no siendo racional desperdiciarlo en el caso que necesite liquidez.

Más aún, podría prestarse a abusos por un deudor que no desee pagar su deuda a un acreedor al que por diversas razones (escasez de recursos, relación de parentesco, amistad, aversión a pleitos judiciales, ignorancia, etcétera) le resulte demasiado arduo cobrar su acreencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello, el artículo 1292 del Código Civil sólo exige, con evidente criterio de justicia, que el deudor sea comunicado fehacientemente de la cesión de derechos para que ésta produzca efecto. El deudor no puede obstaculizar la libre circulación de créditos, ni impedir que su obligación caiga en manos de quien esté en mejores posibilidades de cobrarla.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico también contempla la posibilidad de que el deudor sea objeto de abuso por parte del acreedor y le otorga la protección debida. Es ésta la razón de la existencia del artículo 1292.

Por ejemplo, imaginemos que María es a su vez acreedora y deudora de Juan, pero la cobranza de la obligación a su cargo es más difícil que la de su crédito, por estar ella obligada a través de un contrato escrito en un papel arrancado de una libreta de apuntes, mientras que la deuda de Juan se encuentra plasmada en un título valor (como una letra de cambio). Resulta obvio que la cobranza de la deuda de Juan es mucho más viable que la de María.

En un supuesto como éste, el que Juan tenga la facultad de oponer la compensación es un claro ejemplo de la eficiencia y equidad de la norma.

Pero si María pretendiese burlar o esquivar la compensación, podría creer que cediendo su crédito a Eduardo (evidentemente lo haría a título oneroso), al perderse la reciprocidad de las obligaciones ya no cabría realizar compensación alguna por parte de Juan. Así, supuestamente Eduardo tendría altas probabilidades de cobrar a Juan su deuda (ejecutando el título valor), mientras que Juan tendría un largo camino legal por recorrer para poder cobrarle a María.

Es claro cómo se atentaría contra la filosofía de la compensación si no se hubiese regulado este supuesto; sería como dejar una ventana abierta al abuso por una de las partes. Por ello es que consideramos que la norma, más que impedir el entorpecimiento de la cesión de derechos por parte del deudor, constituye una garantía, una protección a éste.

Por último, somos de la opinión que el artículo 1293, al emplear el término «consentido» («el deudor que ha consentido en que el acreedor»), en realidad quiso decir «asentido». De acuerdo a los principios y teorías adoptados por nuestro Código Civil, asentir es diferente que consentir: asentir supone aceptar algo de manera unilateral, mientras que consentir es un término que alude al consentimiento en la celebración de un contrato (es plurilateral). Por ello creemos que la redacción del artículo hubiera revestido mayor propiedad si empleara el verbo asentir.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imputación legal de compensación

Artículo 1293.- Cuando una persona tuviera respecto de otras varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259.

1. Fuentes nacionales del artículo 1293

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 la materia en su artículo 893: «Cuando una misma persona debe muchas deudas compensables, se siguen para la compensación las reglas establecidas por el artículo 850 para la aplicación»; mientras que el Código Civil de 1852 lo hacía en su artículo 2262: «Si una persona tiene muchas deudas compensables, se hará la aplicación conforme al artículo 2230».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de 1890 consideró el tema en su artículo 2987: «Si una persona tiene varias deudas compensables, se verifica la compensación, en el orden que establece el artículo 2912».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, consignaba en el artículo 272 lo siguiente: «Si una persona tiene varias deudas compensables, debe declarar cuál es la deuda que quiere compensar».

Por su parte, el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 abordaba el tema en el artículo 260: «Si una persona tiene dos deudas compensables, debe declarar cuál es la deuda que quiere compensar»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, así como el Código Civil de 1936 no registraban antecedentes al respecto.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 proponía en su artículo 156: «Cuando una persona tiene respecto de otra varias deudas compensables, se observan en cuanto a la compensación las disposiciones del artículo 118»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 148: «Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 116».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 disponía en su artículo 1311 lo siguiente: «Cuando una persona tuviera respecto de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1279»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1260: «Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1226».

2. Análisis

Resulta frecuente que una persona tenga respecto de otra u otras más de una deuda compensable y desee oponer la compensación contra uno o varios créditos que a su vez tuviera a cargo de su acreedor.

Tratándose de compensación convencional, el tema no presenta dificultad alguna, ya que por la libre voluntad de las partes éstas pueden acordar compensar la deuda que deseen contra el crédito que elijan. No interesa aquí ni la antigüedad, ni la exigibilidad, ni la fungibilidad de las prestaciones. Tampoco si se encuentran garantizadas o no. Rige, como dijimos anteriormente, la autonomía de la voluntad, convirtiéndose la compensación en un contrato cuyas estipulaciones son definidas y delineadas íntegramente por quienes lo celebran.

En cambio, en el caso de la compensación unilateral, la que, como sabemos, se lleva a cabo por vía de oposición —materia de este análisis—, la normativa brinda soluciones que suplen las posibles deficiencias y conflictos que podrían suscitarse cuando quien opone la compensación no ha manifestado su elección respecto de la imputación de la deuda.

En primer lugar, podemos deducir del tenor de este artículo que el deudor que opone la compensación tiene la facultad de decidir e indicar la o las deudas que desea reducir o extinguir con el crédito que posee contra su acreedor. Cuando falta esta manifestación de voluntad, el Código la suple remitiéndonos a la norma sobre imputación legal.

Asimismo, el artículo 1293 hace mención expresa a la calidad de compensables de las deudas que la persona mantenga con su acreedor. En otras palabras, si el deudor tuviera con su acreedor varias deudas de distintas características y a su vez tuviese un crédito con aquél, este crédito sólo sería compensable con la o las deudas que reúnan los requisitos ya conocidos (reciprocidad, liquidez, exigibilidad, fungibilidad). Se vuelve, pues, al principio básico de la compensación, más allá de la existencia de pluralidad de deudas.

Para aclarar estos conceptos, imaginemos que Eduardo adeude a María la suma de 1,800 soles (en virtud de renta de alquileres vencidos); a su vez, que le deba la cantidad de novecientos soles, con una tasa de interés del 6 % anual; asimismo, que se encuentre obligado a entregarle un reloj de oro (en mérito a un contrato de permuta) valorizado en 18,000 soles; y finalmente que deba pagarle

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

diez mil soles por un préstamo que María le otorgó, con garantía mobiliaria sobre una computadora de última generación. Todas estas obligaciones de Eduardo se encuentran vencidas y ninguna pertenece al género de las obligaciones naturales, vale decir, que son exigibles.

Por su parte, María contrajo una deuda con Eduardo, en virtud de un contrato de compraventa, adeudándole a éste la suma de cinco mil soles.

Supongamos que Eduardo (quien tiene la mayor carga de endeudamiento) es quien opone la compensación de su crédito de cinco mil soles contra sus deudas. Él tiene la facultad de indicar a cuál o a cuáles desea se impute dicho crédito. Podría escoger cualquiera, excepto la prestación que adeuda, cuyo objeto es un bien cierto (caso del reloj de oro), ya que éste no es fungible con respecto a las sumas dinerarias.

Ahora bien, imaginemos que Eduardo no especifica a qué deudas se deberá aplicar su crédito de cinco mil soles. En atención a lo indicado por el artículo 1259[2362] del Código Civil sobre imputación legal del pago —norma a la que remite expresamente el artículo 1293 en caso de silencio del deudor que opone la compensación—, esta incertidumbre acerca de la indeterminación de la obligación que se extingue se disipa por medio de un orden de prelación destinado, en primer término, a proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor (aplicándose el pago a la deuda menos garantizada) y, luego, a proteger al deudor optándose por elegir la deuda más onerosa para él.

De esta forma, en nuestro ejemplo los cinco mil soles de crédito se deberían aplicar en el siguiente orden:

(a) A la deuda de novecientos soles, la que soporta una tasa de interés del 6 % anual. Esta deuda no está garantizada, por lo que su orden es prioritario. Por otro lado, entre las de similar prioridad sería la más onerosa para el deudor, ya que, si bien su monto es inferior al de la otra deuda no garantizada de Eduardo, devenga en cambio un interés anual del que esta carece.

(b) A la deuda de 1,800 soles, por concepto de alquileres devengados. Esta obligación se encuentra en segundo rango, debido a que es menos onerosa para Eduardo por no estar afecta a interés alguno.

(c) A la deuda de diez mil soles (préstamo con garantía mobiliaria), la cual, por estar asegurada con una garantía, tiene menos riesgo de quedar impaga en caso de insolvencia del deudor.

2362 El artículo 1259 de nuestro Código Civil establece que «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente».

Las deudas (a) y (b) quedarían extinguidas, en tanto que la (c) se vería reducida a 7,700 soles. En este punto las partes podrían convenir en sustituir la garantía por otra de inferior valor. Vemos, pues, cómo una deuda asegurada con garantía mobiliaria, prenda, hipoteca, anticresis o fianza, puede ser compensada con otra que no lo esté. Las garantías, así como los intereses, moras y penalidades no alteran la condición de fungibilidad de los objetos de las prestaciones; sólo se toman en cuenta a efectos de establecer el orden en que éstos se irán compensando.

En cuanto a la obligación de Eduardo de entregar a María un reloj de oro, ella se mantiene incólume, puesto que no entró en el orden de prelación por carecer del requisito de fungibilidad con el crédito a compensar.

En caso de coexistir dos deudas que revistan las mismas características de garantía (que ninguna se encuentre garantizada, o que —por citar un supuesto— las dos estén garantizadas con fianza bancaria) y tengan el mismo grado de onerosidad para el deudor (por ejemplo, que ambas se hallen afectas a igual tasa de interés), entonces se imputará el crédito a la obligación de fecha más antigua. Empero, si ambas obligaciones tienen la misma antigüedad, entonces se deberá proceder a prorratear el crédito entre ellas, es decir, a imputarlo en partes proporcionales.

La misma regla se aplicará en caso de existir pluralidad de obligaciones compensables por ambas partes.

Si se trata de la compensación convencional, no obstante no señalarlo expresamente el Código Civil, las partes, por mutuo acuerdo, pueden adherirse al orden de prelación establecido por el artículo 1259, o a uno distinto. Asimismo, cuando haya convención para compensar las deudas mutuas, pero discrepancia sobre el orden para imputar el pago, consideramos que cualquiera de las partes puede exigir el orden del mencionado artículo del Código.

Por último, en cuanto a las obligaciones de hacer, no habría inconveniente en que se les aplicaran los mismos preceptos, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos por la ley.

A modo de ejemplo, imaginemos que José se encuentra obligado a reparar un lote de diez televisores de Pedro. Por su parte, este último tiene las siguientes obligaciones con José: (1) reparar cinco televisores; (2) reparar tres televisores, con cargo a una penalidad del 2 % del valor de reparación por cada día de retraso; y (3) reparar cuatro televisores, habiendo entregado a José un equipo de sonido como garantía mobiliaria. Asumimos que los televisores son todos de la misma marca y modelo, y las especificaciones técnicas de las reparaciones a realizarse revisten características similares, es decir, los objetos de las prestaciones de estas obligaciones de hacer son fungibles entre sí.

En este supuesto, cualquiera de los dos podría oponer la compensación, puesto que las deudas de ambas partes son exigibles, además de recíprocas y

líquidas. A falta de manifestación expresa por parte de quien opone la compensación acerca de a cuál deuda la imputa, o no existiendo acuerdo sobre tal imputación, sería aplicable lo establecido por el artículo 1259. Así, la obligación de José se extinguiría, aplicándosela a las deudas de Pedro de la siguiente forma: (1) a la totalidad de la obligación de reparar tres televisores sujeta a una penalidad del 2 %, por ser la más onerosa para el deudor; (2) a la totalidad de la obligación simple de reparar cinco televisores, ya que es menos onerosa para Pedro; y (3) parcialmente, a la obligación de reparar televisores con garantía mobiliaria, la que por encontrarse protegida, es improbable que quede impaga en caso de insolvencia de Pedro. Esta última obligación se reduciría, en consecuencia, a la reparación de dos televisores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN

Artículo 1294.- La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1294

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 894: «No hay lugar a la compensación, cuando es en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero; así si alguno siendo deudor de un tercero, se hace luego su acreedor por un secuestro hecho en su persona, no puede en perjuicio de éste oponer la compensación»; mientras que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2263: «No tiene lugar la compensación en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 establecía en el artículo 2986 lo siguiente: «No hay compensación con perjuicio de un tercero»; mientras el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, prescribía que: «No tiene lugar la compensación, en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero». El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 legislaba el tema en su artículo 261: «No tiene lugar la compensación, en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, al igual que el Código Civil de 1936, no registran antecedentes al respecto.

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 el artículo 157: «La compensación no se verifica en perjuicio de los terceros que han adquirido derechos de usufructo o de prenda sobre uno de los créditos»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 149: «La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre uno de los créditos».

Finalmente, el artículo 1312 del Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, disponía que: «La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre uno de los créditos»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que: «La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos».

2. Análisis

El supuesto del artículo 1294 del Código Civil peruano es de aplicación a todos los casos en los cuales hubiese surgido un derecho de tercero respecto de uno de los créditos que se quieran compensar. La norma expresamente excluye la posibilidad de que cualquier tercero se vea perjudicado en sus derechos adquiridos sobre alguno de los créditos compensables.

El titular debe tener, como sabemos, la libre disponibilidad de su crédito; en otras palabras, ambas deudas deben estar expeditas para sus titulares, es decir, libres de cualquier traba legal o estorbo alguno, sin que se encuentre de por medio el interés de terceros que puedan oponerse legítimamente al pago. De existir tal interés, ya no cabría la compensación, pues la finalidad de esta figura es, por un lado, evitar el circuito inútil de prestaciones, y, por otro lado, fungir como garantía; la compensación no ampara el abuso del derecho ni contra una de las partes, ni contra los terceros que eventualmente pudieran salir perjudicados con la operación. La ley no ampara el perjuicio a los derechos adquiridos por terceras personas sobre cualquiera de los créditos.

La Exposición de Motivos del Código Civil, en la parte correspondiente al artículo bajo comentario, señala que «[...] la compensación no perjudica los derechos adquiridos por terceros sobre uno de los créditos, porque ella constituiría *res inter alios acta*»[2363].

La compensación es un medio de pago entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras; entonces para los terceros la operación es *res inter alios acta.*

Supongamos, a modo de ejemplo, que Ana detentase un crédito contra Juan. Por otro lado, Eduardo, acreedor de Ana, embarga dicho crédito. En este caso, si posteriormente a tal embargo, Juan adquiriese un crédito exigible contra Ana, no podría oponerle la compensación. De proceder dicha compensación, Eduardo se vería perjudicado en su derecho, atentándose contra el principio *res inter alios*

2363 *Res inter alios acta* es un aforismo latino de Derecho Civil que alude al negocio jurídico realizado entre terceros, que no importa perjuicio ni beneficio a quien es ajeno a él («Lo realizado entre unos no puede ni aprovechar ni perjudicar a otros»). Según este principio, basado en la relatividad de los contratos, un acuerdo celebrado entre dos partes no hace ni acreedores ni deudores a los terceros.
Este aforismo, creado por Paulo e inserto en el *Digesto*, en su expresión completa incluye similar principio para el Derecho Procesal, abarcando el efecto relativo de la cosa juzgada («Lo juzgado no concierne sino a las partes comprometidas en el litigio»): *Res inter alios acta vel judicata, alteri nec prodest, nec nocet* («Lo realizado o juzgado entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros»). Resulta evidente que existen numerosas discrepancias, tanto a nivel teórico como casuístico, con este principio —como la validez del contrato en favor de tercero—, por lo que no puede aceptarse sin reservas.

acta. Lo mismo ocurriría si el crédito de Juan contra Ana se hubiese originado antes del embargo, pero se hubiese tornado exigible luego de éste, por haberse originado el derecho de tercero (Eduardo) antes de concurrir todos los requisitos para que pueda operar la compensación (por carecer de la condición de exigibilidad).

No obstante que el embargo no hace indisponible el crédito, sí impide que el acreedor a quien se ha embargado pueda recoger la suma que dicho crédito representa; siendo la compensación una extinción de obligación (una suerte de pago ficto), es evidente que el embargo imposibilita tal compensación. Por ello, si los acreedores del acreedor han trabado embargo en el crédito que debe satisfacerle su deudor, este último ya no puede invocar la compensación con el crédito a su favor —y a cargo de su acreedor—, por la simple razón de que ya no puede pagarle válidamente. Asimismo, la imposibilidad comprende el íntegro del crédito embargado, no importando si éste supera o no el monto del crédito del embargante.

Hay autores que opinan que en el supuesto de que el deudor tuviese contra el acreedor un crédito adquirido y vencido antes del embargo, dicho embargo subsistirá en tanto que el deudor no haga valer la compensación, pero una vez opuesta la compensación, legalmente el embargo no podría subsistir, debido al carácter retroactivo de ésta. Así, en nuestro ejemplo, la prohibición de compensar no sería aplicable si el crédito de Juan contra Ana se hubiese producido y vuelto exigible antes del embargo, ya que al ser exigibles ambas obligaciones la compensación procedería por estar expedita.

Consideramos que, si la compensación no fue opuesta por ninguna de las partes, a pesar de cumplir con todos los requisitos (entre ellos el de exigibilidad), y un tercero llegase a trabar un embargo contra uno de los créditos compensables, tal embargo constituiría un derecho adquirido, el cual se encontraría protegido por el artículo 1294. No podría ninguna de las partes oponer la compensación después de trabado el embargo y pretender que se declarase la retroactividad de la compensación a la fecha de coexistencia de ambas obligaciones.

Caso distinto sería si, opuesta la compensación por una de las partes, y contradicha tal invocación ante el Poder Judicial, el embargo se trabara antes de la emisión de la sentencia. Suponiendo que la resolución judicial declarase la validez de la compensación, en este caso sí quedaría sin efecto el embargo, ya que la compensación habría operado válidamente desde que fue opuesta[2364].

Por otro lado, el que la compensación no sea posible (en caso de haberse vuelto exigible el crédito con posterioridad al embargo; o habiendo sido exigible dicho crédito antes de aquél, pero recién se hubiera invocado la compensación después

2364 Artículo 1288.- 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*. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo. (La cursiva es nuestra)

de trabado tal embargo) no implica que el deudor pierda su derecho a concurrir con el acreedor embargante al pago del saldo del crédito no embargado, pues siempre se consideran en primer lugar los derechos adquiridos.

Otro ejemplo lo constituiría el caso en que se hubiera expedido una resolución judicial amparando una demanda de alimentos por la que se ordena embargar parte del sueldo de quien los debe. Si este último mantuviera una deuda —también dineraria— con su empleador, no podría oponerse la compensación sino respecto a la parte del sueldo no embargada[2365], pues la otra porción de la pensión alimenticia —la embargada— sería un derecho surgido en favor de un tercero y no podría ser afectada.

Un supuesto de interés, dentro del Derecho de Sucesiones, lo constituye el caso del tercero acreedor de la masa hereditaria que, a su vez, es deudor de uno de los herederos de ésta. En la práctica se confunde con cierta frecuencia la distinción e independencia de la personalidad de la masa hereditaria con la del heredero de ésta, lo que lleva a suponer factible la compensación entre el crédito que el tercero tiene contra la masa hereditaria y el crédito que el heredero tiene contra este mismo tercero[2366]. Empero, y como resulta evidente, ni el heredero, ni la sucesión (por medio del albacea, por un apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial), ni el propio tercero pueden plantear la compensación entre ambas obligaciones. Lo mismo ocurriría en el caso inverso (si el tercero fuese deudor de la masa y acreedor del heredero). El objeto de esta prohibición es proteger los derechos de los terceros en esta relación jurídica (los demás herederos, o los otros acreedores de la masa hereditaria). Las deudas personales de los herederos se pagan con posterioridad a las de la sucesión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2365 Según el texto del inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, el embargo de los sueldos, salarios y remuneraciones por concepto distinto a asegurar el pago de pensiones alimentarias, es la tercera parte del exceso de cinco Unidades de Referencia Procesal. Y, como sabemos, lo inembargable es incompensable.

2366 Las obligaciones recíprocas entre el tercero y la masa hereditaria en sí, no configuran obstáculo para que pueda operar la compensación.

TÍTULO V
CONDONACIÓN
(ARTÍCULOS 1295 AL 1299)

Extinción de obligación por condonación. Consideraciones generales
1. Fuentes nacionales del artículo 1295
2. Análisis

Condonación de uno de los garantes. Efectos
1. Fuentes nacionales del artículo 1296
2. Análisis

Condonación de deuda
1. Fuentes nacionales del artículo 1297
2. Análisis

Condonación de la prenda. Presunciones
1. Fuentes nacionales del artículo 1298
2. Análisis

La condonación de la prenda no implica la de la deuda
1. Fuentes nacionales del artículo 1299
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO V
CONDONACIÓN

Extinción de obligación por condonación. Consideraciones generales

Artículo 1295.- De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.

1. Fuentes nacionales del artículo 1295

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la remisión de la deuda, puede mencionarse la Ley de las Siete Partidas, Ley 1, Título XIV, Partida Quinta. «*Quitamiento es, quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel deuia, e le quitan el debdo, aquellos que lo pueden fazer. E tiene esto grand pro al debdor, porque quando paga la debda, o le quitan della, fincan libres el, e sus fiadores, e los peños, e sus herederos, de la obligación en que eran obligados, por lo que deuian dar, o fazer*».

El artículo 1295 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 abordaba la materia en su artículo 876: «La remisión es el perdón de la deuda hecha por el acreedor, o por el que esté facultado para libertar al deudor»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 2244: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, o por su mandatario especialmente facultado, termina la obligación».

El Proyecto de Código Civil de 1890, trataba el tema en sus artículos 2960: «Remite o condona una deuda el acreedor que, por sí o por medio de mandatario, renuncia voluntariamente al derecho que tiene contra su deudor»; 2961: «Toda remisión o condonación de deuda se presume aceptada por el deudor, si no manifiesta por actos positivos lo contrario»; y 2962: «No hay forma especial para remitir o condonar deudas, aun en el caso de que éstas consten de instrumento público».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba la materia en el artículo 275: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, o por su mandatario especialmente facultado, termina la obligación».

FONDO EDITORIAL CARLOS FREYRE

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 proponía en su artículo 263: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, termina la obligación»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba el tema en su artículo 1287: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación».

El Código Civil de 1936 legislaba la institución en el artículo 1298: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 indicaba, en su artículo 160, que: «De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación»; seguido por el artículo 150 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980: «De cualquier modo que se pruebe la remisión de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero».

Finalmente, el artículo 1313 del Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, proponía el texto siguiente: «De cualquier modo que se pruebe la remisión de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero»; y el artículo 1262 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 hacía lo propio al señalar que: «De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho del tercero».

2. Análisis

2.1. Conceptos y consideraciones generales

La condonación constituye otra de las formas de extinción de las obligaciones previstas por el Código Civil.

Condonar es perdonar una deuda[2367] o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor[2368]. Así, cuando el acreedor perdona una deuda, y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último.

2367 Estamos circunscribiendo el término al ámbito del Derecho Civil, ya que en Derecho Penal la condonación, según Cabanellas, es el indulto al condenado de una pena, por lo general la de muerte, cambiada por una privativa de libertad u otra más benigna (Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 274).

2368 Veremos a lo largo de este análisis que la renuncia, por ser un acto unilateral, es una suerte de género, siendo la condonación la especie, por requerir de la manifestación de la voluntad de la otra parte (deudor).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Son múltiples las definiciones de la doctrina sobre el tema. Con sus variantes, todas ellas siguen la misma línea en cuanto al fondo. A modo de ilustración global, veamos algunas de las más representativas.

Para Enneccerus, Kipp y Wolf[2369], un crédito puede extinguirse por contrato entre el acreedor y el deudor (contrato de remisión), pero no por declaración unilateral del acreedor.

Los citados profesores recuerdan que en el Derecho romano se distinguían tres clases de contratos de extinción de las obligaciones:

(a) La *acceptilatio*, o remisión de una obligación verbal, reconociendo, en la forma de pregunta y de respuesta, haber recibido lo debido[2370] por medio de esta modalidad, y extinguiéndose por tanto el crédito *ipso iure*. Se la comparaba frecuentemente con el pago.

(b) El *pactum de non petendo*, o convenio por el cual el acreedor prometía a su deudor que no haría valer el crédito a cargo de este último, ya definitivamente, ya únicamente dentro de un tiempo determinado. También podían convenir en que el acreedor no lo haría valer en absoluto (*pactum in rem*), o que sólo no lo haría valer contra una persona determinada (*pactum in personam*). Este pacto daba origen a una excepción contra el crédito, pero sin que competiese al heredero si el *pactum* era *in personam*.

(c) Finalmente, toda la relación obligatoria nacida de un contrato consensual podía extinguirse también por *contrarius consensus*, es decir, por el convenio en virtud del cual el contrato se consideraba como si no hubiese sino concluido o, más precisamente, que la relación obligatoria quedara sin efecto, cual si nunca se hubiese constituido. Esta extinción, sin embargo, sólo era posible si ninguna de las partes había aún cumplido.

Larenz[2371] señala que la relación obligatoria puede extinguirse por voluntad de los participantes en ella por medio distinto del pago o satisfacción del acreedor; de esta forma, el crédito se extingue si su acreedor renuncia a él. Esta renuncia es llamada por los tribunales de justicia como remisión o condonación de la deuda, para la cual se exige un contrato entre acreedor y deudor.

Por su parte, Planiol y Ripert[2372] anotan que la remisión de deuda consiste en que el acreedor abandona voluntariamente sus derechos, siendo ése el único carác-

2369 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 361 y 362.

2370 Eugéne Petit refiere que es el deudor quien interroga, diciendo: *Quod ego tibi promisi habesne acceptum?* (¿Tenéis por recibido lo que os debo?), y el acreedor responde: *Habeo* (Lo tengo por recibido). Desde ese momento el deudor era libre. (Petit, Eugéne. *Op. cit.*, p. 497).

2371 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 439.

2372 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Op. cit.*, tomo VII, p. 640.

ter constante en dicha figura jurídica. Sin embargo, los autores citados consideran que esta característica de voluntariedad del acreedor es más supuesta que real, ya que, por ejemplo, en los contratos colectivos —en que la mayoría puede obligar a la minoría— la voluntad de conceder dicha remisión puede no haber existido efectivamente en la totalidad de los acreedores; sin embargo, se considerará aceptada por todos, inclusive por quienes se opusieron a ella.

A decir de Josserand[2373], la remisión de deuda es el acto por medio del cual un acreedor renuncia a su crédito, abdicando sus derechos.

Para Bonnecase[2374], la remisión de deuda es el acto jurídico por el cual el acreedor renuncia a exigir el pago de lo que se le debe.

Asimismo, Valencia Zea[2375] entiende a la remisión o condonación de una deuda como la renuncia del acreedor a exigir su cumplimiento, cuya razón principal estriba en el *animus donandi* del acreedor.

Según Alberto Trabucchi[2376], si el derecho subjetivo —y el derecho subjetivo de crédito en particular— consiste en el reconocimiento de la relevancia de una determinada voluntad, es lógico que tal derecho cese y la relación obligatoria se extinga cuando el sujeto activo renuncia a su poder. Vista de este modo, la extinción de la obligación por remisión de la deuda se funda en ese principio.

En opinión de Dupichot[2377], la remisión de la deuda es una convención por la cual el acreedor abandona o rebaja completa o parcialmente su crédito en favor del deudor (puede tratarse de disminución de intereses, ampliación de plazos de pago, etcétera), no exigiéndose la intención liberal (rebajas ofrecidas por el acreedor en caso de pago inmediato, rebajas de la deuda en caso de concordato, etcétera).

Agrega el mismo autor que, siendo un acto jurídico, la remisión de la deuda debe obedecer a los principios generales de todo acto jurídico, esto es: seguir las reglas de validez de los contratos o de los testamentos, si la remisión resulta de un legado; la aplicación eventual de las reglas de las liberalidades para la determinación de la cuota disponible, como la capacidad de disponer a título gratuito, etcétera. En cuanto a su efecto, él es muy preciso: el deudor queda liberado como si hubiese pagado, pues el crédito se extingue.

Levenhagen[2378] también opina que la remisión es una forma de extinguir la obligación. Remisión de deuda significa perdonar y se atribuye como pago. El vocablo proviene de remitir (perdonar), no confundiéndose con la otra acep-

2373 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 729.
2374 Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 464.
2375 Valencia Zea, Arturo.*Op. cit.*, tomo III, p. 458.
2376 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 88.
2377 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.
2378 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 183.

ción que tiene remisión, que viene de *remir*[2379]. Remisión de deuda, en cambio, es liberarse de la deuda, del compromiso, de la obligación; significa, en fin, perdonar. Remisión de la deuda es, por lo tanto, una renuncia gratuita en beneficio del deudor; la gratuidad es la esencia de la remisión.

Para Cazeaux y Trigo Represas[2380], la remisión de deudas es un caso particular del fenómeno genérico de la renuncia, que puede ser definida como el acto por el cual el acreedor abdica de sus derechos creditorios y, de esa manera, libera a su deudor. Por ello, los autores explican que partiendo de la base de que la «remisión de deuda» no es más que una renuncia específica de derechos creditorios, el artículo 876 del Código Civil argentino establece que «lo dispuesto en los cuatro artículos primeros del título anterior (de la renuncia) es aplicable a la remisión de la deuda hecha por el acreedor», con lo cual resultan aplicables a la remisión los principios que rigen la renuncia en cuanto a capacidad, prueba y clases.

Ospina Fernández[2381] entiende a la remisión como un modo de extinguir las obligaciones, que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor.

En opinión de Weill y Terré[2382], hay condonación de deuda cuando el acreedor libera a su deudor de todo o parte de su deuda sin haber recibido el pago.

De otro lado, Moisset de Espanés[2383] hace un importante distingo, señalando que la renuncia es el género y la remisión una especie, es decir, la renuncia, en su amplio sentido, en su amplio significado, es el desistimiento de cualquier derecho, y la remisión sólo del derecho de crédito. Así, la remisión es un acto jurídico, voluntario, lícito, que se produce con una inequívoca finalidad jurídica: la de extinguir una obligación.

Por último, Guillermo Cabanellas[2384] señala que cuando la condonación se concreta en la esfera obligacional, constituye en verdad una donación, «porque tanto se da cuando se entrega como cuando se deja de exigir lo que el otro debía a su vez entregar», pero con la diferencia de que la condonación no funciona como liberalidad sino como causa extintiva de las obligaciones.

Como hemos visto, la mayor parte de los autores se centran en el *animus donandi* del acreedor y en el subsecuente acto de renuncia a su crédito. Pero ¿qué sucede si el deudor no desea ser condonado?, es decir, ¿qué pasa con el derecho de toda persona a «pagar» su deuda, a cumplir con su obligación? Dicho de otro modo, ¿dónde se encuentra el principio de no afectación a terceros con nuestros actos?

2379 Esta acepción de remisión (remitir), que proviene de *remir*, alude a hacer referencia a algo, hacer alusión, reportar.

2380 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 381 y 382.

2381 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 475.

2382 Weill, Alex y François Terré. *Droit Civil. Op. cit.*, p. 1031.

2383 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 154.

2384 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 274.

La gratuidad implica una liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto a un bien, sino en relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo. Asimismo, el sujeto a ser beneficiado con tal renuncia (por ejemplo, el deudor) debe prestar su asentimiento, pues el pagar las propias deudas constituye un derecho.

No entraremos a detallar las múltiples razones (muchas no relevantes para el Derecho) que pueda tener una persona para mantener su débito, o los motivos por los cuales prefiera honrar su deuda, pero lo cierto es que tiene la potestad soberana y absoluta de optar por pagar su deuda o aceptar, en el caso de un ofrecimiento de condonación por su acreedor, no pagarla. Los favores, así como los regalos y, en general, los actos de beneficencia, no se imponen a quien no desea recibirlos; lo contrario sería avasallar a la persona en su dignidad personal. Por ello, la norma del Código Civil establece que la condonación de la deuda es un acto bilateral, ya que requiere de convenio entre ambas partes; de lo contrario, no tendrá validez ni surtirá efecto, es decir, no extinguirá la obligación.

Así, por mucho que el acreedor insista en no cobrar su crédito y se lo comunique a su deudor por medio de diversas vías (personalmente, por teléfono, por facsímil, por correo electrónico, por carta notarial, etcétera), si no hay respuesta por parte del deudor en sentido afirmativo, la obligación subsistirá y el deudor mantendrá su derecho a pagarla, consignando la prestación en caso necesario. Por ello, desde que la condonación implica consentimiento entre acreedor y deudor, esta figura supone un contrato.

Por otro lado, del propio artículo del Código se desprende que, a fin de que la condonación surta su principal efecto (cual es, extinguir la obligación), se requiere su probanza. Por esta razón, tal probanza debe ser clara y objetiva (vía contrato escrito, o algún signo visible, como la devolución del documento original en que consta la deuda), pudiendo ser material o inmaterial, pero inequívoca.

Siendo la condonación una renuncia del acreedor —aprobada por el deudor— a un crédito, viene a ser un acto de disposición, por lo que se debe prestar atención a los derechos de terceros, los que no deben ser vulnerados[2385]. Sería el caso, por ejemplo, de Juan, quien tiene un crédito exigible a su favor por ocho mil soles que María le debe pagar. Imaginemos que los ingresos de Juan tan sólo le alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, sin posibilidades de generar ahorros, y que además tenga dos acreedores cuyos créditos han vencido y se mantienen aún impagos. En este supuesto, dado que la única forma en que Juan pueda honrar su deuda es cobrando la suma que María le adeuda, la condonación de la deuda de María atentaría contra los derechos de dichos acreedores y, en este caso, Juan no estaría en aptitud de renunciar a intereses ajenos.

2385 El propio artículo 1295 del Código establece esta restricción: «De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero».

Lo mismo ocurriría en el supuesto de José, viudo y padre de dos menores, único sostén del núcleo familiar. Si José estuviese atravesando por una delicada situación económica y condonara una deuda, atentaría contra los intereses y derechos de su familia, perjudicando a terceros con su renuncia, la que no sería posible por afectar los intereses colectivos. Caso distinto sería si su situación económica le permitiera disponer de tal suma alterando insignificantemente su patrimonio.

Es conveniente precisar, aunque podría parecer evidente, que el término «deuda» en el artículo 1295 no se circunscribe a obligaciones de dar, sino que abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer.

Si Alejandro está obligado con Margarita a realizar un trabajo de fumigación en el jardín de ésta, podría ocurrir que Margarita, movida por un sentimiento de compasión, dada la mala salud de aquél, decidiese condonarle tal deuda. En ese caso, ella debería informar a él sobre su decisión y recibir su conformidad. De esa manera, se extinguiría la obligación de hacer de Alejandro.

Como dijimos, la condonación es un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario, dicho deudor podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente, en particular cuando se trata de obligaciones de hacer.

Por ejemplo, veamos el caso de Martín, cantante que se encuentra iniciando su carrera artística, quien es contratado por la empresa productora Estrellas para dar una función especial, conjuntamente con tres conocidos cantantes, en el Teatro Ópera, acordando que su pago no será por concepto de ingresos por taquilla, sino una suma específica, que Estrellas le abona por adelantado. Aquí la empresa ya cumplió con su prestación, quedando pendiente sólo la obligación de Martín, consistente en cantar cinco canciones en el transcurso de las dos horas que durará el espectáculo.

Es claro que a Martín no sólo le interesa el pago recibido, sino fundamentalmente cumplir con su obligación, puesto que hacerlo le reportará beneficios mayores a su carrera. Más aún, tomando en cuenta esta oportunidad, realiza por su cuenta una campaña de publicidad y promoción, haciendo mención expresa del evento a realizarse.

Si en la víspera de la función Estrellas le comunicara su decisión de condonarle la deuda, y que, por tanto, se encuentra exonerado de la obligación de cantar, resultaría poco probable y hasta extraño que Martín se considerase beneficiado con semejante «liberación», aun conservando el monto pagado anticipadamente por Estrellas. Es necesario, por ello, que el deudor tenga la facultad de elegir entre cumplir con su prestación o aceptar la remisión de la deuda.

ESTUDIO TERÁN CANALES ERREYRA

En la eventualidad de que Martín no aceptara la condonación, no podría exigir forzadamente a Estrellas que lo dejara ingresar al teatro para actuar la noche de la función, ya que tendría que emplear violencia a fin de lograrlo. Resulta obvio que en este caso Martín, además de tener el derecho a conservar la suma pagada por la empresa promotora de espectáculos, podría demandarla por los perjuicios sufridos al cancelar su participación en el concierto, los que se habrían derivado de la frustración de sus expectativas de promoción.

2.2. Derechos renunciables y derechos irrenunciables

Sólo se puede renunciar a los derechos (y dentro de ellos se encuentran los créditos) establecidos en interés individual o particular del renunciante, mas no a los concedidos en miras a satisfacer intereses más amplios, es decir, que abarquen el orden público. Esto significa que hay derechos renunciables y también otros derechos que, por disposición de la ley, no son susceptibles de renuncia. De esto último se infiere que sólo son irrenunciables los derechos señalados por norma expresa; el criterio de la analogía no se aplica a las normas restrictivas de derechos, por lo que, en todos los demás casos, incluyendo el supuesto de duda, se podrá hacer uso del derecho de renuncia.

Dado que la condonación es una especie dentro del género de la renuncia, resulta necesario conocer a qué derechos se puede renunciar y a cuáles no, para así estar en aptitud de determinar qué derechos pueden condonarse. En términos generales, como veremos, la renuncia es la abdicación a cualquier derecho, ya sea de carácter patrimonial, extrapatrimonial u obligacional, en tanto que la condonación importa la renuncia a la prestación de una obligación.

2.2.1. Derechos renunciables

La noción del derecho subjetivo dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro —en el que predomina la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad personal para la consecución de fines humanos dignos— tiene en uno de sus extremos la libertad de las personas de contraer obligaciones, y en el otro extremo, la libertad de éstas de abandonar su facultad de exigir que les sean pagadas.

Así, por ejemplo, no hay impedimento para que una persona renuncie a resolver un contrato por incumplimiento del deudor o que renuncie al derecho de cobrar una indemnización, una vez determinada ésta. Un vendedor puede condonar el precio que se le adeuda por un bien, sin pedir la resolución del contrato y, de esta forma, el comprador gozará de la propiedad de dicho bien gratuitamente. De la misma forma, no hay obstáculo para renunciar a la facultad de revocar, modificar o sustituir el contrato en favor de tercero (artículo 1468). Se puede renunciar por anticipado al derecho de revocar la promesa unilateral (artículo 1965). Asimismo, se puede renunciar a la prescripción ya ganada (artículo 1991).

Igualmente, quienes tienen la libre disponibilidad de sus bienes pueden renunciar a herencias y legados (artículo 674); también son renunciables las hipotecas legales (artículos 1120). Las personas renuncian a sus empleos (se entiende en forma voluntaria y no bajo presión), a sus créditos, al derecho de acudir ante organismos jurisdiccionales del Estado (sustituyéndolos por procesos arbitrales), o a los créditos por alimentos correspondientes a períodos que han vencido, por citar ejemplos representativos.

Vemos que la facultad de renunciar a los derechos propios abarca tanto a los derechos obligacionales como a los reales, incluyendo a los derechos intelectuales (estos últimos en cuanto a su aspecto patrimonial, ya que el derecho moral de autor no es renunciable).

2.2.2. Derechos irrenunciables

Por otro lado, existen los llamados derechos irrenunciables, cuya prohibición de renuncia se fundamenta en que se trata de derechos instituidos en resguardo del orden público. Entre éstos se encuentran, por lo general, los derechos extrapatrimoniales, particularmente los vinculados a las relaciones de familia. Por ello no se puede renunciar, por ejemplo, a los derechos emergentes de la patria potestad, ni a la acción para que se declare la paternidad.

Así, tampoco cabe la renuncia a un atributo de la personalidad, como el nombre o el estado de la persona. Como es evidente, el derecho no concibe que el individuo pueda desprenderse de calidades que hacen a su propia esencia de persona. De igual forma, no es factible la renuncia a derechos inherentes a la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud o el derecho moral de autor.

Por otro lado, no es renunciable —por anticipado— el derecho a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación (artículo 218), ni el derecho proveniente de la responsabilidad extracontractual (artículo 1986) o contractual, por dolo o culpa inexcusable, o violación de obligaciones derivadas de normas de orden público (artículo 1328). Tampoco puede renunciarse anticipadamente, de mediar dolo o culpa inexcusable, al saneamiento por evicción (artículo 1497), ni al saneamiento por vicios ocultos (artículo 1520).

De igual forma, es irrenunciable el derecho de pedir alimentos (artículo 487) y el derecho de retracto (artículo 1595). Es nula, por otra parte, la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1444), así como la renuncia a la acción por lesión (artículo 1455). También es irrenunciable el derecho de prescribir (artículo 1990). Es nula la renuncia al derecho a una herencia futura (artículo 678). No está autorizada la renuncia al derecho de gravar un bien con segunda y ulteriores hipotecas (artículo 1113), ni tampoco puede renunciarse al derecho de enajenar o gravar un bien (artículo 882), sino sólo en los casos expresamente permitidos por la ley.

ESTUDIO MARIO CASTELO FEYRE

En materia de Derecho Laboral, la Constitución Política de nuestro país establece la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores[2386], como los beneficios sociales, cuya irrenunciabilidad se encuentra prescrita también en numerosas disposiciones legales.

La renuncia de derechos prohibida por la ley es nula, estando el juez facultado para declarar tal nulidad de oficio.

2.3. Naturaleza jurídica y efectos de la condonación

La condonación es un acto jurídico cuyo destino es extinguir una relación jurídica obligacional[2387]. Es el perdón mutuamente convenido del pago de la obligación. Constituye, pues, un típico acto jurídico, siendo éste, como sabemos, la manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos[2388].

En este caso, se trata de un acto jurídico conformado por una combinación de dos hechos jurídicos voluntarios y un presupuesto jurídico: éste último es la existencia de una deuda entre quienes van a realizar el acto, mientras que los dos hechos jurídicos consisten en la manifestación de la voluntad del acreedor de perdonar la deuda de su deudor y en la aceptación del deudor de la remisión de su deuda.

Este conjunto de dos actos más el presupuesto jurídico mencionado forman, pues, un solo acto jurídico que se enmarca en su concepto básico: la manifestación de voluntad con destino específico, en la cual se declara querer que se dé un efecto, consistente en la extinción de una relación jurídica, que en el presente caso es la relación deudor-acreedor respecto de la deuda que se condona, es decir, la obligación existente. El propósito expresado del o de los agentes es determinante, y la ley le asigna las consecuencias del acto.

La figura bajo análisis, al ser, como hemos explicado, el resultado de la unión de varios elementos jurídicos —en los cuales interviene más de una declaración de voluntad—, constituye lo que la doctrina moderna denomina negocio jurídico,

2386 El artículo 26 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:
Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. *Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
(La cursiva es nuestra)

2387 Si se renuncia a una obligación se configura la condonación. Si el objeto de la renuncia es una acción judicial, se configura el desistimiento.

2388 El negocio jurídico tiene una finalidad dinámica, de movimiento, de iniciativa y de renovación, a diferencia del simple derecho subjetivo, cuyo fin es de conservación y tutela. Ambos —derecho subjetivo y negocio o acto jurídico— se interrelacionan y actúan en estrecha concordancia y complementariedad; el derecho subjetivo por sí sólo puede existir, pero sin la posibilidad de las partes de llevar a cabo en la realidad su ejercicio de iniciativa, la vida se circunscribiría a un estado más bien estático. Por ello, tal existencia solitaria no tendría sentido, pues por definición el ser humano es dinámico y su supervivencia se ha basado siempre en la interrelación con los demás. Es el negocio jurídico el que proporciona a la vida jurídica del individuo el espacio para actuar, para modificar sus relaciones jurídicas según sus nuevos y cambiantes intereses. Pero, evidentemente, no cabe imaginar negocio jurídico sin derecho subjetivo.

cuyo fin es regular los propios intereses jurídicos (extinguir la deuda) y que, con frecuencia, pueden tener consecuencias mediatas que afecten a terceros[2389].

El solo hecho de vivir en sociedad determina que, usualmente, cualquier negocio jurídico entre dos personas afecte a la sociedad, en mayor o menor grado. Pero si sobrepasa la simple irradiación lógica y natural de sus efectos, e ingresa en el campo de los derechos de las personas ajenas a dicho negocio, vulnerándolos, entonces ello no puede ser avalado por el Derecho.

En pocas palabras, la condonación es un contrato que se ubica en el Código Civil como forma de extinción de las obligaciones, debido a que en dicho contrato no hay creación, sino únicamente extinción de obligaciones. Siendo éste su riesgo esencial, el legislador consideró conveniente, por razones sistemáticas, ubicar a la condonación dentro del capítulo de extinción de las obligaciones.

Se parte, como es obvio, del presupuesto de la existencia de una deuda; luego, a efectos de dar inicio al negocio o acto jurídico, el acreedor tiene la iniciativa de perdonar tal obligación cuyo cumplimiento deberá estar a cargo de su deudor. Cuando el deudor es comunicado de dicha decisión, se le abre la posibilidad, ya descrita, de elegir si acepta ser perdonado o no. En caso afirmativo, manifiesta su voluntad de aceptación y desde ese momento se extingue la relación jurídica respecto de la deuda objeto de condonación. Éste es el efecto directo, o efecto negocial: la liberación del deudor, por extinción de la deuda.

Como dijimos, la condonación es un negocio jurídico gratuito, es decir, constituye una liberalidad. Sin embargo, en este punto la doctrina se encuentra dividida por dos pareceres diferentes: a una posición pertenecen quienes consideran que la condonación es un acto que puede ser celebrado tanto a título gratuito u oneroso[2390], ya que —según estos autores— ésta no implica necesariamente y por sí sola la intención liberal, pudiendo, por ejemplo, ser consentida mediante una contrapartida prestada por el deudor. Así, la condonación de la deuda puede hacerse gratuitamente —sin contraprestación alguna en provecho del acreedor—, o a cambio de una utilidad en provecho de dicho acreedor.

2389 No es poco común que un negocio jurídico —en el que interviene la conjunción de dos voluntades— alcance en sus consecuencias a terceros. Por ello, es importante determinar si tal afectación a terceras personas resulta dañosa para éstas. De ser así, no sería válido, ya que su fin se tergiversaría, ingresando en el campo de lo ilícito. A pesar de ello, el artículo 1295 del Código prefiere hacer la salvedad de que este modo de extinción de obligaciones no debe perjudicar a terceros («De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero»).

2390 Tal es el caso de Bonnecase (Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 464), Planiol y Ripert (Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones Op. cit.*, tomo VII, pp. 641 y 642), Barros Errázuriz (Barros Errázuriz, Alfredo. *Op. cit.*, volumen II, pp. 254 y 255), Messineo (Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, p. 396), Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 170 y 171), Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 382 y 383), Barbero (Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 320) y Weill y Terré (Weill, Alex y François Terré. *Op. cit.*, pp. 1031-1033).

La otra posición, a la que nos adherimos, es suscrita por autores para quienes la condonación es esencialmente un acto gratuito[2391], puesto que de no haber tal gratuidad, no constituiría un perdón de la obligación, sino cualquier otra forma de extinción de ésta, como la dación en pago (cuando el acreedor admite una prestación distinta de la debida), la novación (cuando el acreedor adquiere un crédito nuevo), la transacción (cuando acreedor y deudor se hacen concesiones recíprocas), el mutuo disenso (cuando acreedor y deudor acuerdan dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado), el pago mismo, etcétera.

Para estos autores, la condonación onerosa no existe, llegándola hasta a llamar «clasificación extravagante». Resulta indiferente, para esta posición, el elemento subjetivo del *animus donandi* del acreedor; este elemento existe de todas maneras, desde que el acreedor condonante es siempre consciente del acrecentamiento patrimonial del deudor, por más que las razones íntimas del acreedor sean de lo más diversas (podría ser que el acreedor obre por motivos egoístas, como, por ejemplo, eludir algún tributo, o evitarse los trámites y costos de un litigio, o facilitar el cobro de otros créditos, etcétera).

Finalmente, existen efectos reflejos de la condonación, como por ejemplo la liberación de los fiadores en caso de que se condone la deuda del deudor principal. Al no existir ya dicho crédito, el curso natural de la garantía que lo asegura es su desaparición. Esto se aplica exactamente igual con toda clase de garantías, a las personales como la fianza, y a las reales, constituidas por la prenda, la hipoteca y la anticresis.

Sin embargo, debemos precisar que no sucede lo propio en el caso inverso. La remisión o liberación otorgada a uno de los fiadores no elimina ni reduce en nada la deuda principal, ni tampoco libera a los demás cofiadores, salvo en la porción correspondiente a la del fiador liberado (a menos que tales cofiadores hubiesen manifestado expresamente su consentimiento en la liberación del cofiador, en cuyo caso quedarían vinculados por entero). Es claro que esta misma lógica se extiende a los casos de coconstituyentes de prenda, hipoteca o anticresis.

2.4. Diferencia entre la condonación y otros actos de liberalidad

Siendo la condonación una especie dentro del amplio género de los actos de liberalidad susceptibles de ser realizados por los seres humanos, consideramos de interés establecer las similitudes y diferencias existentes entre aquélla y los demás actos de liberalidad.

2391 Son de esta opinión Levenhagen (Levenhagen, Antonio de Souza. *Op. cit.*, p. 184), Ospina (Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 475 y 476), Sancho Rebullida (Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Op. cit.*, tomo I, pp. 205 y ss.), Alterini, Ameal y López Cabana (Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 318 y 319) —quienes citan a Pothier, Demolombe, Lomonaco, Colin y Capitant, Sánchez Román, Mucius Scaevola, Castán y De la Oliva, entre otros, para reforzar su posición—, y Starck, Roland y Boyer (Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 220).

Un acto de liberalidad —también llamado acto a título gratuito—, es aquél que efectúa una persona en beneficio de otra u otras, ya sea que dicho acto haya sido celebrado de modo unilateral o plurilateral, vale decir, según intervengan en su celebración una o más de una persona.

En este sentido, nuestro ordenamiento civil —de modo inadvertido la mayoría de veces— se encuentra plagado de actos que constituyen liberalidades. Creemos de interés compararlos con la condonación, ya que resulta claro que, si bien toda condonación es un acto de liberalidad, no todo acto de liberalidad es una condonación.

2.4.1. Con respecto a la renuncia del acreedor al cobro de la deuda

Como se sabe, el acreedor tiene la potestad de recurrir a las acciones que la ley le franquea en resguardo de sus derechos, pero podría no hacerlo, por las más diversas consideraciones.

En el entendido de que no se hubiera producido un acuerdo condonatorio entre el acreedor y el deudor, y aquél no realizara acto alguno encaminado al cobro de la deuda, podrían ocurrir situaciones cuya lectura no tendría —necesariamente— por qué ser única.

Se podría inferir que dicho acreedor, al no efectuar una manifestación de voluntad, simplemente no estaría haciendo nada. Recordemos que en virtud de lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil, el silencio únicamente importa o conlleva manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En tal sentido, la inacción del acreedor podría entenderse simplemente como un no hacer voluntario que nada implica. No sería posible, dentro de tal razonamiento, llegar a concluir en que dicha falta de acción por el acreedor equivale a una renuncia al cobro de la deuda.

Consideramos que podría hablarse de renuncia al cobro de la deuda cuando existen actos de manifestación de voluntad del acreedor que conduzcan inevitablemente a tal conclusión.

Un ejemplo sería que el acreedor expresara al deudor, de modo unilateral y sin recibir respuesta alguna, su voluntad de no cobrarle el crédito. Pero aun existiendo manifestación de voluntad en el sentido de no querer cobrar dicho crédito, y al no haberse producido un acuerdo condonatorio (en la medida en que no ha habido asentimiento por parte del deudor), podríamos llegar a la conclusión de que esa «renuncia» sólo implica una manifestación de voluntad temporal o momentánea, no necesariamente perpetua, lo que equivale a decir que con el transcurso del tiempo ésta podría variar y dicho acreedor —que en algún momento renunció o decidió no cobrar esa deuda— pudiese cambiar de opinión y actuar de manera opuesta, vale decir, cobrándola, acto a cuyo ejercicio antes había renunciado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, a efectos prácticos, este razonamiento resulta poco realista y hasta inadecuado, ya que si un acreedor, por ejemplo, expresara por escrito su renuncia formal al cobro de una deuda, liberando de esa forma a su deudor, y luego, merced a un cambio de parecer, le entablara a éste un proceso de cobro, el deudor —sin duda— presentaría como prueba de la extinción de dicha deuda el documento mencionado. No creemos factible que el juez considere que no existió condonación debido a la falta de aceptación oportuna del deudor. Además, si se aceptara la posibilidad de no tomar como inamovible la renuncia formal de una persona al cobro de una deuda, la situación del deudor sería de una inseguridad jurídica sin sentido.

No está demás decir que podría existir una inacción del acreedor de carácter voluntario, vale decir, consciente, en el sentido de no querer cobrar una deuda a la que tiene derecho. Sin embargo, a pesar de existir dicha voluntad, no podríamos considerar que está renunciando a ella, ya que resultan irrelevantes para el Derecho aquellas voluntades que no son manifestadas ni expresa ni tácitamente. Tampoco podría estimarse que estamos ante una renuncia tácita, en la medida en que cabe la posibilidad de que no se trate de una pasividad consciente, sino de un simple olvido, caso este último en el cual resulta obvio que no podríamos hablar de renuncia.

De todo lo expuesto puede deducirse que la renuncia es un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor —sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia— se trataría de una condonación.

En la renuncia pueden distinguirse las consecuencias entre las obligaciones vigentes y las prescritas.

Si el estado de renuncia (se manifieste ésta de manera expresa o tácita) se produjera durante la vigencia de la obligación, vale decir, mientras ésta conserva su carácter de obligación civil (es decir, en tanto ella resulta exigible), se entenderá que, si no se ha llegado a producir la condonación de la deuda, el acreedor podría recurrir a las acciones judiciales o extrajudiciales que la ley le franquea para hacer valer su derecho. En otras palabras, el acreedor podría intentar cobrar su crédito, basándose en que, no habiendo obtenido respuesta por parte del deudor, su renuncia queda como una simple oferta, la que al no constituir acuerdo de voluntades no obliga y, por ende, no se ha extinguido la obligación. En la práctica, como dijimos anteriormente, si el acreedor hubiese manifestado de manera formal su voluntad de renunciar a dicho cobro —y el deudor no hubiese expresado ningún tipo de asentimiento (ni de rechazo)— y luego pretendiese llevar la acción de cobranza a los tribunales, es muy posible que éstos declaren la incobrabilidad de la prestación.

Ahora bien, si el acreedor ha venido renunciando al cobro del crédito y, tratándose de una obligación personal, vence el plazo prescriptorio de diez años establecido por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, la obligación civil se habría convertido en una obligación natural.

Esta situación, sin duda, variaría notablemente la condición del acreedor, pues, como se sabe, la obligación natural se distingue de la obligación civil por carecer invariablemente del rasgo de exigibilidad para su cumplimiento o para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Sin embargo, si el acreedor decidiese, en este último escenario, intentar el cobro de la deuda, en términos teóricos podría hacerlo, ya que, contrariamente a lo previsto por el numeral 1989 del Código Civil, la prescripción no extingue la acción, sino que otorga a aquél que se ve beneficiado por ella la potestad de invocarla. La prescripción no puede ser alegada de oficio por los jueces si no ha sido aducida (argumento del artículo 1992 del Código Civil). Todo ello nos lleva a concluir —siempre teóricamente— que el acreedor, a pesar de la renuncia al cobro, y más allá de que la obligación hubiese prescrito, podría intentar hacerla efectiva, e incluso hasta tener éxito, si es que su deudor no invocara la renuncia y, principalmente, la prescripción ya ganada.

Aquello que hemos señalado en relación con la renuncia nos lleva a pensar que ella, más allá de si se ha llegado a cumplir el plazo prescriptorio, podría ser reversible en la medida en que el deudor desee cumplir con su obligación, ya que, como dijimos, la renuncia consiste tan sólo en la declaración unilateral del acreedor de que no cobrará su crédito. En otras palabras, la renuncia sólo obliga al acreedor (a no cobrar su crédito), mas no al deudor a dejar de pagarlo, si ésta constituye su voluntad. En cambio, la condonación, al integrar un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, deviene en irreversible para ambas partes. En efecto, una vez producida la condonación, el deudor tampoco podrá imponer el pago al acreedor con quien convino en extinguir la obligación. Con la condonación se da ficticiamente por pagada la deuda. Ya no existe obligación alguna.

La condonación puede ser seguida de un arrepentimiento por parte del acreedor, del deudor o inclusive de ambos, pero dicho arrepentimiento carecería de eficacia. Ni mediante acuerdo de voluntades podrían ambas partes *revivir* jurídicamente la obligación ya extinguida. Lo que podrían hacer es contraer nuevamente una obligación del mismo objeto (porque es esto lo que se tendría que hacer para lograr la creación de una obligación idéntica a la ya extinguida). En cualquier caso, si ambas partes decidiesen volver a crear tal obligación, ella, a pesar de tener el mismo objeto que la extinguida por condonación, sería una obligación distinta, nueva.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la renuncia, cabría hacer una acotación, en el sentido de que, por lo general, la renuncia es un acto a título gratuito, es decir, que no requiere de contraprestación alguna. Esta característica es evidente, ya que siendo unilateral (si fuese bilateral sería una condonación), resulta poco probable encontrar una renuncia que se plantee a título oneroso o con retribución al acreedor renunciante. Pero ello, teóricamente, podría producirse sin llegar a constituir un acto condonatorio, como sería el caso, por ejemplo, de que el deudor acordase con el acreedor el pago de una suma de dinero o la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

realización de alguna prestación a su favor, a fin de que demore cualquier acción destinada al cobro de la deuda. En esta hipótesis estaríamos en presencia de una renuncia temporal y de carácter bilateral, pues habría sido acordada por el acreedor y por el deudor.

2.4.2. Con respecto a la renuncia de herencia

El tema de la aceptación y renuncia de herencia es regulado por los artículos 672 a 680, y el derecho de acrecer por los numerales 774 a 777 del Libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil peruano.

El artículo 774 establece que, si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no quiere recibir la suya, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación.

Dentro de tal orden de ideas, la renuncia de herencia podría representar, en caso de existir para el supuesto concreto el derecho de acrecer, un acto de liberalidad, en la medida en que se haga con la finalidad expresa o tácita (acogida por el Derecho) de beneficiar a los demás herederos, cuyas porciones hereditarias se verían incrementadas.

Pero tal acto de liberalidad no podría ser entendido como una condonación, pues no se estaría perdonando deuda alguna. En este sentido debemos ser enfáticos al establecer que la relación existente entre dicho heredero y la sucesión ya causada no sería una de crédito, vale decir, que no nos encontraríamos ante una obligación. La sucesión no es deudora del heredero renunciante. Simplemente se trata de un derecho al cual puede renunciarse; derecho de carácter patrimonial distinto a los de crédito y también diferente a los bienes que integran la sucesión.

Así, la renuncia a la herencia con derecho de acrecer, si bien constituye un acto de liberalidad, no es una condonación.

2.4.3. Con respecto al contrato de donación

Tal vez la figura jurídica que reviste mayores semejanzas con la condonación es el contrato de donación. A menudo, incluso, se les confunde. Por ello, resulta indispensable establecer sus similitudes y diferencias.

En primer término, diremos que la condonación es un medio extintivo de obligaciones, más allá de que por tratarse de un acto de contenido bilateral y de orden patrimonial, pueda ser perfectamente calificada como un contrato.

No obstante, la ley peruana ha tipificado ambos actos de manera distinta. Mientras la condonación ha sido regulada por el Código Civil como un medio extintivo de obligaciones, la donación es tratada como un contrato típico creador de obligaciones. Ambas figuras constituyen actos nominados.

Por otra parte, en lo que respecta a su contenido, tanto la condonación como la donación son actos fundamentalmente de carácter civil, pues con ellos no se busca obtener un fin de lucro[2392]. Sin embargo, nada obsta para que se pueda producir una condonación o una donación dentro del ámbito de las relaciones mercantiles.

En lo que respecta a su formación, y como ha sido señalado en reiteradas ocasiones, la condonación es un acto con libertad de forma, en tanto que la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal[2393].

En lo relativo al tiempo, la condonación es un medio extintivo de obligaciones cuyo objeto es el de surtir efectos inmediatos y definitivos, vale decir, extinguir una obligación sin que medie el pago de ésta. Se podría decir que la condonación es un acto que tiene fundamentalmente vocación de ejecución inmediata e instantánea. Por su parte, el contrato de donación también es —por lo general— uno de ejecución inmediata, puesto que casi siempre se ejecuta acto seguido de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se celebrara una condonación o una donación cuyos efectos se difiriesen en el tiempo, de convenir tal situación a las partes contratantes.

En cuanto a su negociación, tanto la condonación como el contrato de donación son fundamentalmente de carácter paritario, o de negociación previa, es decir, las partes tienen libertad para modelar su contenido. No conocemos la existencia de contratos de donación sujetos a cláusulas generales de contratación o que se celebren por adhesión. Sin embargo, no resultaría imposible —aunque sí poco probable— que esto sucediera[2394], debido fundamentalmente a la naturaleza civil y no mercantil de este contrato; además de no ser tan común dicha modalidad de contratación, si la comparamos con la compraventa y otros contratos en los que se utilizan frecuentemente formularios preimpresos o digitalizados, como los de seguro, transporte aéreo, etcétera.

2392 El tema del fin de lucro en el ámbito civil es discutible, ya que en su intercambio habitual las personas siempre buscan beneficiarse. Por ejemplo, en la compraventa, la permuta, etcétera, es muy raro que no se busque obtener lucro. Se ha satanizado el fin de lucro, lo cual resulta irreal, ya que, sin caer en usura o perjuicio a terceros va de la mano con el tipo de sociedad y economía de mercado en que nos encontramos inmersos.

2393 Será consensual, es decir, que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles, cuyo valor no exceda del 25 % de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente al momento en que se celebre el contrato. Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite anteriormente mencionado. Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato *ad solemnitatem*. Se señala, además, que en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil). Se tratará, asimismo, de un contrato formal cuando lo que se done sean bienes inmuebles, caso en el cual el contrato deberá celebrarse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, tal como lo establece el texto modificado del artículo 1625 del Código Civil peruano.

2394 Imaginamos un centro de beneficencia que subsista fundamentalmente a base de donaciones provenientes de empresas y de particulares. No resultaría inverosímil que se redactara un contrato tipo para recibir estas donaciones.

En lo que se refiere al rol económico, tanto la condonación como la donación son actos de disposición. La condonación es un acto de disposición en el sentido de que el acreedor conviene con el deudor en no cobrarle (perdonarle) un crédito a que tiene derecho, convenio celebrado sin contraprestación alguna. Por su parte, la donación es un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del donante en favor del donatario, y que no se verá compensada por ninguna contraprestación, razón por la cual no se trata de un contrato de cambio.

En lo que se refiere a la función que cumplen, podría decirse que la donación y la condonación son actos que difieren en algunos aspectos.

La condonación, por esencia, es un medio extintivo de obligaciones.

La donación es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de ejecutar en favor de una parte la transferencia de propiedad de un bien.

En ambos casos nos encontramos frente a actos de prestación unilateral, pues en cada uno de ellos es sólo una de las partes la que asume obligaciones respecto a la otra.

2.4.4. Con respecto a la donación con cargo

Ya expresamos que la donación es un contrato nominado.

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia a éste en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que: «En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho».

Como dice Wayar[2395], la donación puede hacerse con cargo, es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una determinada prestación en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

Al emitir opinión, Wayar se basa en el artículo 1828 del Código Civil argentino, que establece que, si la importancia de los cargos es más o menos igual al

2395 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 99 y 100.

valor de la cosa donada, ésta no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas.

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas y se pregunta, en tal caso, cuál régimen habrá de aplicarse. Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello, Wayar, coincidiendo con Guillermo Borda, sostiene que, si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado el contrato en el momento de su celebración se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria, debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

No obstante carecer de un precepto equivalente al artículo 1828 del Código Civil argentino, estimamos que resultan aplicables al Derecho peruano las observaciones anotadas por Wayar.

En lo referente a su formación, la condonación es un acto consensual, vale decir, que tiene libertad de forma. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado al estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre la condonación y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

En cuanto al tiempo, la condonación es un acto que se celebra generalmente con ánimo de ejecutarla instantánea e inmediatamente (salvo determinados casos de índole excepcional). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero en la donación con cargo, se apreciará más frecuentemente un ánimo de duración en el tiempo, ya que, si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de manera periódica o continuada; y que incluso ésta pueda prolongarse durante lapsos considerables.

En lo que respecta a su negociación, tanto la condonación como la donación con cargo son actos de negociación previa.

En lo referente al rol económico, la condonación es un acto de disposición en tanto que la donación con cargo podría llegar a ser considerada como un contrato de cambio y de disposición.

En cuanto a su función, la condonación es, esencialmente, un acto extintivo de obligaciones en tanto la donación con cargo es un contrato fundamentalmente constitutivo. Sin embargo, en el plano teórico, nada obsta para que la donación sea un acto modificatorio o regulatorio, mas no tendrá carácter extintivo.

En lo relativo a los sujetos a quienes obliga, la condonación y la donación con cargo son actos bilaterales.

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, si el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse —en una primera impresión— que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que, para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Por ello, en caso de la donación con cargo, si él ha sido pactado en favor de un tercero —es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato—, necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo continuaría con la naturaleza jurídica de un contrato de carácter individual.

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

En lo que respecta a la valoración, resulta claro que la condonación es un acto que se celebra a título gratuito. En lo referente a la donación con cargo, no obstante lo antes señalado y de considerarse una donación y no una compraventa, tendríamos que concluir en que se trata de un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

En lo referente al riesgo, a pesar de que la doctrina no aborda el tema de la eventual aleatoriedad de una condonación, nada obstaría para plantear teóricamente el punto. Lo propio puede decirse respecto de la donación con cargo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.5. Con respecto a la donación indirecta

Para cerrar el tema de las eventuales semejanzas y diferencias existentes entre la condonación y el contrato de donación, nos referiremos a la donación indirecta[2396].

Víctor A. Villavicencio Cúneo[2397] sostiene que las partes, para alcanzar el fin ulterior que desean, emplean en la donación indirecta un camino oblicuo, transversal, y que ello obedece a la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, lo que constituye una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de tal orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. Aquí el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual determina ulteriormente el efecto económico de la liberalidad. En éste es natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque es el único que interesa al Derecho.

Así, a manera de ejemplo de una donación indirecta relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de cien mil soles, pactando como precio el de seiscientos soles.

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los seiscientos soles y, más aún, que realmente los cobre.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros, así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

En lo que respecta al nombre, la condonación es un medio extintivo de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta, por cuanto el tema del negocio jurídico indirecto no sólo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

2396 Recordaremos que el negocio indirecto —producto de la inercia jurídica— supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior distinto. Existe en estos casos un negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio. Así, por ejemplo, a través de una venta lograr una liberalidad.

2397 Villavicencio Cúneo, Víctor A. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965, pp. 51 y ss.

En lo referente a su regulación, la condonación es un medio extintivo típico, que se encuentra regido por el Código Civil, mientras la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues, lo reiteramos, ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los códigos civiles que han tenido vigencia en el Perú.

En cuanto a su contenido, la condonación podría tener naturaleza civil, mercantil o especial, en tanto que la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende claramente de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, destinada a favorecer al aparente comprador, parte que, en estricto Derecho, sería un donatario.

En lo relativo a su formación, la condonación es un acto eminentemente consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Está claro, en opinión nuestra, que dentro de la lógica del Derecho peruano la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual no se requeriría, para su validez, cumplir con formalidad alguna.

2.4.6. Con respecto a los legados

Como sabemos, el legado es un acto de liberalidad cuya característica le otorga similitud con la condonación. Sin embargo, hay diferencias que los separan.

Por ejemplo, a través del legado se dispone *mortis causa* (vía testamento) de bienes a título gratuito; en tanto que a través de la condonación —acto *inter vivos*— se perdona un crédito.

Pero también podría presentarse el caso de una condonación *mortis causa*, en la eventualidad de que una persona, a través de su testamento, perdone la deuda que otra mantiene respecto de ella. Resulta evidente que, al tratarse de un acto de liberalidad, para que surta efectos requeriría de la aceptación del eventual beneficiario (en este caso, el deudor).

2.4.7. Con respecto al mutuo disenso

La condonación tiene ciertos rasgos que podrían llevar a que se le confunda con el mutuo disenso[2398]. Por ello, es necesario distinguirlos.

2398 Artículo 1313.- Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.

Un primer elemento a tomar en consideración es el relativo al ámbito de aplicación del mutuo disenso y de la condonación.

Mientras el mutuo disenso recae sobre actos jurídicos en general, ya sean de carácter patrimonial o no patrimonial, la condonación necesariamente versa sobre obligaciones civiles, las que, por definición, tienen contenido patrimonial. De esta forma, podríamos tener un mutuo disenso referido al matrimonio (*hoy denominado separación convencional*[2399]), institución de carácter fundamentalmente no patrimonial, como otro referido a un contrato cualquiera (acto de contenido patrimonial). En cambio, la condonación sólo recae sobre obligaciones y la extinción de éstas.

De otro lado, el mutuo disenso podría ser considerado como un perdón, pero de carácter bilateral, en el sentido de que, si nos encontramos dentro del ámbito de los derechos de crédito, es decir, de aquéllos con contenido patrimonial, a través del mutuo disenso ambas partes se estarían perdonando —una respecto a la otra y viceversa— el cumplimiento de sus obligaciones.

De lo dicho se desprende que el mutuo disenso no es una condonación bilateral; no se trata en estricto del perdón de ambas deudas, sino que a las partes conviene que éstas se dejen de ejecutar, porque han perdido el interés que tenían en dicho cumplimiento.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 1313 establece que si el mutuo disenso perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado, y que el título de la condonación en el Código guarda silencio a este respecto, al tema podrían resultar aplicables las normas o derechos que en favor del acreedor consagra el artículo 1219, inciso 4, del Código Civil, precepto que contempla la acción subrogatoria u oblicua, cuando señala que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para «Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva».

Otro de los puntos en los cuales se distingue la condonación y el mutuo disenso es el relativo a su formalidad. Como sabemos, la condonación es un acto que tiene libertad de forma (argumento del artículo 1295 del Código Civil). Por su parte, el mutuo disenso aparentemente tendría libertad de forma, pero como su finalidad es la de dejar sin efecto un acto jurídico celebrado con anterioridad, deberá tenerse presente lo dispuesto en los artículos 143 y 144, respecto a la forma del acto jurídico y, si dicho acto fuese un contrato, lo prescrito en los artículos 1411, 1412 y 1413 del Código Civil, en especial lo previsto en éste último, cuando

2399 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

señala que «Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato».

Resulta evidente que si se requieren las mismas formalidades para la celebración de un contrato en caso de que se le quiera modificar, con mayor razón se necesitará seguir tales formalidades en el supuesto de que se desee extinguir la relación jurídica.

De esta forma, si se requirió celebrar el contrato original por escrito, se le deberá extinguir por el mismo medio o por uno más eficaz. Igualmente, si se celebró por escritura pública, deberá extinguirse, necesariamente, por escritura pública.

2.4.8. Con respecto a la obligación indivisible y/o solidaria en la que el codeudor participa sin interés alguno en dicha obligación

Otro acto de liberalidad sería aquél por el cual una persona acepta contraer una obligación de carácter indivisible y mancomunada, indivisible y solidaria o divisible y solidario, en calidad de codeudor, frente a alguno o a algunos acreedores comunes, pero con la peculiaridad de que esta persona carece de cualquier interés en la relación interna de dicha obligación.

Podría ser el caso de una persona que acepte ser codeudor de una obligación por el hecho de que su presencia resulta absolutamente necesaria para que alguna institución financiera otorgue un crédito a los demás codeudores, ya que él es el único cuya solvencia y probidad son de conocimiento público. Su participación al contraer dicha deuda resulta, pues, garantía suficiente para la entidad crediticia, a pesar de no tener ésta, información alguna acerca de la solvencia de los otros codeudores.

Cuando se contrae una obligación de esas características y en virtud de lo establecido por la ley en materia de obligaciones indivisibles y solidarias, este codeudor se encontrará obligado por el íntegro de la deuda, al igual que los demás codeudores. Pero podría ocurrir que estos codeudores, al momento en que deben honrar el crédito otorgado, resulten insolventes. En este supuesto, de acuerdo con la normativa legal es claro que el único codeudor solvente, a pesar de que no tenía interés en la relación interna de la obligación, será quien termine respondiendo frente a la entidad crediticia con el pago del capital y de los correspondientes intereses, si fuera el caso.

Como sabemos, si se efectuase dicho pago por tal codeudor solvente, se produciría un supuesto de subrogación legal o de pleno derecho, según lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil. Resulta también altamente probable que aquellos codeudores que se encontraban en situación de insolvencia, nunca lleguen a variar dicho estado y, de esta forma, no podrán estar en aptitud de responder frente al excodeudor (hoy acreedor de ellos en virtud de la subrogación de pleno derecho).

En este caso nos encontraríamos ante una persona que, al aceptar voluntariamente ser codeudor en una obligación en la que no tenía interés alguno, habría realizado un acto de liberalidad, asumiendo el riesgo o la posibilidad de responder por el íntegro de la obligación y carecer, en la práctica, del poder efectivo para recuperar lo pagado de sus demás codeudores.

Empero, este acto de liberalidad no representa, en sí, una condonación o un perdón de la deuda, ya que al haberse producido la subrogación legal o de pleno derecho, el acreedor que pagó tendrá la posibilidad de reclamar a cada uno de sus codeudores la parte que les corresponde en la relación interna (argumento del artículo 1263 del Código Civil).

2.4.9. Con respecto al reconocimiento de obligaciones

Como sabemos, el reconocimiento de una obligación es el acto a través del cual el deudor admite ante el acreedor la existencia de una deuda, hecho por el cual el acreedor se verá en una más sólida posición que aquélla en la que se encontraba anteriormente, para poder hacer valer sus derechos judicial o extrajudicialmente.

Ahora bien, sería difícil calificar al reconocimiento de una obligación como un acto de liberalidad, en la medida en que, si bien resulta voluntario y unilateral, él no significa que el deudor esté haciendo algo distinto que empezar a honrar la obligación contraída. Nos referimos, por cierto, al supuesto de que el acreedor tenga dificultades para hacer efectivos sus derechos ante los tribunales de justicia[2400].

Además, en este caso no existe perdón alguno del acreedor con respecto al deudor. Por el contrario, un reconocimiento otorgado de manera que resulte eficaz al acreedor podrá constituir su mejor arma para cobrar dicho crédito, situación distinta a la anterior fundamentalmente por la ausencia de pruebas.

Para culminar con nuestras reflexiones acerca de la relación existente entre el reconocimiento de una obligación y su condonación, debemos aclarar que nos hemos estado refiriendo al reconocimiento efectuado a título gratuito, vale decir, a aquél en el cual no media contraprestación alguna por parte del acreedor al deudor, con el fin de que este último reconozca la deuda.

2.4.10. Con respecto a la cesión de derechos

Cabe precisar, en primer término, que la cesión de derechos en general puede realizarse tanto a título oneroso como a título gratuito. Es claro que sólo la cesión de derechos a título gratuito constituiría un acto de liberalidad. Por tanto, es a esta especie a la que nos estamos refiriendo.

2400 Sería el caso, frecuente sin duda, de un préstamo entre personas allegadas, que suele convenirse verbalmente y que se basa en la confianza y la buena fe. Aquí, si el deudor no paga, resultaría muy difícil para el acreedor cobrar su crédito, dada la carencia de medios probatorios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La cesión de derechos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1206 del Código Civil, es el acto de disposición por el cual el acreedor cedente transmite al tercero cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto, pudiendo hacerse incluso sin el asentimiento del deudor.

Más allá del tema de la forma, ya que la cesión de derechos debe efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad —en tanto que la condonación tiene libertad de forma—, es claro que se trata de actos diferentes. Como lo hemos dicho, estamos centrando nuestras opiniones en la cesión de derechos a título gratuito. Empero, en este supuesto no existe condonación alguna, en la medida en que el acreedor cedente transferirá a un tercero (ajeno a la relación obligatoria original) el derecho a hacer exigible la prestación del deudor cedido. Esto significa que podría entenderse que, si existe liberalidad, ella se circunscribe a la relación entre acreedor y tercero (partes entre las cuales podría no existir relación obligacional alguna).

No puede entenderse que existe condonación de por medio, ya que el acreedor, al ceder sus derechos a ese tercero, no ha perdonado el cobro de la deuda al deudor cedido. Lo que está haciendo, simplemente, es transferir la posibilidad de que sea cobrada por el tercero cesionario, persona que no ha realizado acto de liberalidad alguno con el deudor cedido (a quien tal vez ni siquiera conozca).

2.4.11. Con respecto al pago efectuado por un tercero

Como se sabe, el pago de una obligación que no revista carácter *intuitu personae*, bien sea por su naturaleza o por el pacto, puede ser efectuado por el deudor, por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación o por un tercero ajeno a la relación obligatoria.

Es obvio que, si hacemos referencia al pago efectuado por el propio deudor o por el tercero interesado patrimonialmente en que se cumpla la obligación, no estaremos en presencia de acto de liberalidad alguno, pues estaría pagando aquella persona a quien corresponde hacer el pago (si se tratara del deudor) o una persona cuyo patrimonio se vería expuesto a sufrir consecuencias negativas en caso de que no pagase el deudor (si quien pagase fuese el tercero interesado patrimonialmente).

Pero, si el pago es hecho por un tercero no interesado patrimonialmente en el cumplimiento de la obligación, podríamos pensar que dicho acto constituye una liberalidad, en la medida en que de no hacerlo no se originarían consecuencias económicas negativas respecto a él.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como parece, ya que podría suceder que dicho tercero al pagar se subrogue en el lugar del acreedor, recurriendo al mecanismo de la subrogación convencional planteado por los incisos 1 y 2 del artículo 1261 del Código Civil, vale decir, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero no interesado y lo sustituye en sus derechos o cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor. En estos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

casos, en que ha operado la subrogación, el tercero subrogante podría ejercitar los derechos del acreedor subrogado, sustituyéndolo en todos sus derechos, acciones y garantías, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil).

Pero también podría ocurrir que el acreedor renunciara al cobro de la deuda, a pesar de tener derecho a exigirla o, incluso, que celebrara un convenio condonatorio con el deudor. Esto significaría que podría presentarse un caso de subrogación convencional, seguido de una condonación.

Es posible, por otro lado, que el pago lo efectúe un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, pero que no se llegue a configurar la subrogación convencional prevista por alguno de los supuestos del artículo 1261 del Código Civil.

En este caso sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1222, segundo párrafo, del Código Civil, precepto general que establece que quien paga sin asentimiento del deudor sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago. Pero, como es evidente, bien podría no exigir tal restricción, ya sea por simple renuncia al cobro de lo pagado o por producirse una condonación de la deuda acordada entre dicho tercero (que, al tener derecho a cobrar vía repetición, es un acreedor) y el deudor que se vio liberado por el pago del referido tercero.

2.4.12. Con respecto a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión

Descartamos que esta figura pueda asimilarse a la condonación en la medida en que, como todo acto de liberalidad, requiere del consentimiento de aquel que desea realizarlo y de la contraparte. Contrariamente, la novación por expromisión es un acto unilateral, en el sentido de que ella puede ser efectuada por el acreedor, incluso sin el asentimiento del deudor (más allá de que es bilateral, porque se celebra por acuerdo entre el acreedor y el tercero que pasa a ocupar la posición de deudor en la obligación que sustituye a la primitiva).

No vamos a ahondar sobre el tratamiento del tema. Nos limitamos a decir que le serían aplicables las consecuencias o efectos del pago realizado por un tercero no interesado patrimonialmente en el cumplimiento de la obligación.

2.4.13. Con respecto a la transacción

A diferencia de la condonación, la transacción no reviste carácter gratuito, ya que ambas partes se benefician con el acto transaccional; por ello, la ley (artículo 1302 del Código Civil peruano) subraya el hecho de que dichas partes se hagan concesiones recíprocas, vale decir, que ambas cedan algo, una en favor de la otra.

En tanto la condonación se refiere necesariamente a una obligación (o a varias, pero en todas las cuales las partes conservan las mismas calidades de acreedor y

ESTUDIO ANTONIO CASTILLO FREYRE

deudor), en la transacción podría ocurrir que las partes mantengan inversamente las calidades de acreedor y deudor, vale decir, que en alguna de las obligaciones el deudor sea una de las partes, en tanto que en otra esa misma parte sea acreedor.

Para que se produzca la condonación de una deuda no tiene por qué existir asunto dudoso o litigioso alguno. Simplemente, las partes acuerdan extinguir la obligación cuyo cumplimiento está pendiente.

En cambio, es requisito indispensable para que se produzca una transacción el hecho de que exista un asunto dudoso o litigioso, es decir, controversial, ya sea dentro o fuera de un litigio.

Otro de los aspectos en que podríamos distinguir a la transacción de la condonación es el relativo a su formalidad. Mientras la transacción es un acto formal, pues en virtud de lo prescrito por el artículo 1304 del Código Civil debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (en caso de ser una transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (si se tratare de una transacción judicial), la condonación es un acto con libertad de forma.

La condonación y la transacción coinciden en que ambas recaen única y exclusivamente sobre derechos de contenido patrimonial. Sin embargo, la condonación sólo versa sobre derechos de crédito, en tanto que la transacción puede versar sobre derechos de crédito o derechos no crediticios.

Un punto de interés a reparar respecto a estas dos figuras es la divisibilidad. Es perfectamente válida y posible la condonación parcial de una deuda. Pero, en lo que se refiere a la transacción, la doctrina generalmente no se pronuncia sobre si tiene o no validez una transacción parcial, vale decir, aquélla celebrada no con el ánimo de poner fin o solucionar la integridad del asunto dudoso o litigioso existente entre las partes, sino solamente un aspecto de éste. Consideramos que ello es perfectamente posible, no sólo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino porque no existe ni podría existir razón valedera alguna para que la ley se oponga a la validez de una transacción parcial, en la medida en que para el Derecho y para la sociedad en su conjunto resulta preferible que un problema se solucione, aunque sea parcialmente, en vez de que siga existiendo en toda su magnitud.

2.4.14. Con respecto a la cesión de posición contractual

Aun cuando estemos ante una cesión de posición contractual realizada a título gratuito, resulta evidente que en ella no hay perdón de ninguna deuda respecto de la parte cedida, quien de ahora en adelante compartirá la relación contractual con el cesionario. Tal vez la única similitud consista en que esta cesión se realiza a título de liberalidad.

2.4.15. Con respecto al contrato en favor de tercero

En la celebración del contrato a favor de tercero no interviene tal tercero, sino que éste se mantiene ajeno a la celebración del acto y, de aceptarlo posteriormente,

podrá verse beneficiado con las prestaciones que se hayan generado a su favor. A pesar de existir un beneficio producto de un acto de liberalidad, en modo alguno estamos ante un acto condonatorio.

2.4.16. Con respecto a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Nada impide que dos personas celebren una promesa de la obligación o del hecho de un tercero a título gratuito, vale decir, sin que exista la obligación de indemnizar en caso de que no se cumpla con aquello que se ha prometido. Esto significaría estar en presencia de un acto de liberalidad. Pero es claro que este acto no importa una condonación.

2.4.17. Con respecto al contrato de suministro a título gratuito

Si las partes celebrasen un contrato de suministro a título de liberalidad, no podría confundírsele con la condonación, siendo aquél casi siempre un acto generador de obligaciones y, excepcionalmente, regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivo.

En adición, puede decirse que el suministro es un contrato formal, en tanto que la condonación no lo es.

2.4.18. Con respecto al contrato de mutuo sin intereses

Podría entenderse que existiría una eventual similitud entre ambas instituciones si se comprendiera al mutuo sin intereses como un acto en el cual, al tener carácter excepcional, el mutuante está acordando conceder al mutuatario una condonación o perdón —también excepcional— respecto de aquellos intereses compensatorios que le corresponderían por privarse del uso del dinero o de cualquier otro bien consumible que constituya objeto del mutuo. No compartimos esta lectura del problema, ya que las partes tienen la más amplia libertad de convenir el mutuo con o sin intereses y, si lo celebran sin intereses, ello no implica el perdón de éstos, sino que las partes han decidido celebrar un acto de liberalidad distinto a la condonación.

Tanto el contrato de mutuo —salvo supuestos especiales— como la condonación son de carácter consensual, es decir, no requieren recurrir a formalidad alguna.

2.4.19. Con respecto al contrato de hospedaje a título gratuito

Una vez más, nada impide la existencia de un hospedaje en el cual se convenga que el huésped no pague retribución alguna. Estaríamos, evidentemente, ante un acto de liberalidad. Siendo tan marcadas las diferencias entre este acto de liberalidad y la condonación, no nos detendremos a analizarlas.

ESTUDIO MEJÍA CASTILLO FREYRE

2.4.20. Con respecto al contrato de comodato

El comodato no implica el perdón de deuda alguna. Simplemente se trata de un acto de liberalidad que forma parte del conjunto de actos de esta naturaleza susceptibles de ser concertados.

2.4.21. Con respecto a los contratos de locación de servicios y de obra a título gratuito

Los contratos de locación de servicios y de obra no implican, en la eventualidad de que se celebren a título gratuito, la existencia de condonación alguna. No es que una parte esté renunciando a cobrar por el trabajo realizado. Simplemente pacta no cobrar absolutamente nada por el mismo. Se trata, en consecuencia, de una forma más de liberalidad, distinta de la condonación.

2.4.22. Con respecto al contrato de mandato a título gratuito

Al igual que en el supuesto precedente, es claro que el mandante no estaría aquí renunciando o perdonando una prestación. La realidad es que nunca le habría correspondido una retribución, en la medida en que decidió celebrarlo a título de liberalidad.

2.4.23. Con respecto a los contratos de depósito y de secuestro a título gratuito

A diferencia de lo que ocurre con los contratos de locación de servicios, de obra y de mandato, los contratos de depósito y de secuestro no se presumen onerosos. Por el contrario, se presumen gratuitos, salvo que por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que son remunerados.

La liberalidad de ambas figuras constituye uno de los pocos puntos de similitud o confluencia con la condonación.

2.4.24. Con respecto al contrato de renta vitalicia a título gratuito

Resulta plenamente factible pactar una renta vitalicia a título de liberalidad, vale decir, sin contraprestación alguna a ser pagada por el beneficiario de la renta vitalicia en favor del instituyente de ésta.

En este caso, la renta vitalicia sólo estaría compartiendo como característica común con la condonación el tratarse de actos celebrados a título de liberalidad, pues no habría más puntos de conexión entre ambos.

Por lo demás, la renta vitalicia es un acto de carácter formal, pues la ley exige que se constituya por escritura pública, bajo sanción de nulidad, mientras la condonación es un acto que, como hemos mencionado, goza de la más amplia libertad de forma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.25. Con respecto a los derechos de usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbre constituidos a título gratuito

Si el usufructo, el uso, la habitación, la superficie o la servidumbre se constituyen a título gratuito o de liberalidad, compartirían este rasgo característico con la condonación, pero nada más, ya que no importan el perdón de deuda alguna.

2.4.26. Con respecto a la constitución de patrimonio familiar en favor de alguna de las personas contempladas en el artículo 493 del Código Civil

El patrimonio familiar es una institución muy propia de nuestro sistema, el mismo que pone en evidencia una clara voluntad de protección a la familia.

Como sabemos, el interesado en constituir patrimonio familiar puede hacerlo en diversos casos[2401].

Entendemos que, al constituirse el patrimonio familiar en favor de algunas personas, y dado el régimen que sobre el tema establece nuestra legislación civil, son múltiples los beneficios que concede esa figura jurídica. Y en la medida de que tal acto se realiza a título gratuito, nos encontramos frente a una liberalidad. Este aspecto de gratuidad es el único punto de similitud con la condonación.

Además, como sabemos, el patrimonio familiar se constituye respecto de un bien, mientras que la condonación recae sobre un crédito.

2.4.27. Con respecto al contrato de fianza a título gratuito

Reconociendo que ésta no es la situación más común, nada impediría —dentro del plano teórico y práctico— que alguien otorgue fianza *motu proprio*, vale decir, espontáneamente y sin intervención del deudor. Con ello nos estamos refiriendo al hecho de que el deudor no haya gestionado que se celebre el referido contrato de fianza y que el fiador lo afiance respecto de su acreedor.

Esta fianza gratuita configuraría un acto de liberalidad celebrado entre el fiador y el acreedor de la relación obligatoria principal, pero no implica condonación alguna.

2401 Por ejemplo, el cónyuge puede constituir —sobre uno o más bienes propios— patrimonio familiar a favor del otro cónyuge. Otro supuesto es el del padre o la madre que, viudo o divorciado, constituye patrimonio familiar sobre sus bienes propios en favor de algún hijo o de varios de ellos. También se contempla el caso del padre o madre solteros que constituyen patrimonio familiar en favor de un hijo o hijos, con respecto a bienes de su propiedad. Por último, la norma admite el caso general del patrimonio familiar que podría constituir cualquier persona —sobre sus bienes propios— en favor de alguien con quien no necesariamente tenga relación conyugal o paterno-filial, siempre dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.28. Con respecto a la constitución —a título gratuito— de un derecho real de prenda, hipoteca o de anticresis, afectando un bien en garantía de una obligación ajena

Imaginemos que nos encontramos ante el supuesto de que una persona decide afectar en garantía —pignoraticia, hipotecaria o de anticresis— de una obligación ajena un bien de su propiedad, pero sin recibir nada a cambio. Sin duda nos encontramos frente a un acto de liberalidad.

No obstante ello, resulta evidente que semejante acto dista mucho de parecerse a una condonación, en la medida en que no hay perdón de deuda alguna. Esta modalidad de acto a título gratuito sólo importa respaldo o apoyo para que el deudor pueda contraer la obligación asumida.

Lo propio ocurriría en caso se tratara de una garantía mobiliaria[2402].

2.4.29. Con respecto al pago de una obligación natural

Si estuviésemos en presencia de una obligación natural, sea cual fuere la causa que dio origen a que tuviera tal condición (ya se trate de la prescripción extintiva o de una deuda fruto del juego y apuesta no autorizados, pero tampoco prohibidos), es potestad del deudor decidir pagarla o no.

Este tipo de obligaciones no son exigibles porque no confieren acción para demandar el cumplimiento del deudor. Son deberes expresamente previstos por la norma jurídica, la que les confiere contenido patrimonial y que impide repetir a quien, sin estar obligado, paga tal deuda.

Ahora bien, podríamos preguntarnos sobre el supuesto en que el acreedor de una deuda ya prescrita decide no cobrarla, no por el hecho de que ésta hubiera prescrito (situación que podría serle desconocida), sino por tener la voluntad de perdonar la referida obligación.

Si se tratase de un acto unilateral, lo más que podríamos llegar a decir es que se asemejaría a una renuncia al cobro (en la medida que podría ocurrir que de requerir el pago judicial o extrajudicialmente, nunca le sea deducida la prescripción por su deudor).

Pero podríamos estar ante un supuesto de condonación, si más allá de haberse pactado o no, las partes sabían del hecho de que la deuda ya estaba prescrita y, pese a ello, decidieran convenir la condonación de ésta.

El efecto que diferencia el pago de una deuda prescrita con el de una deuda condonada (prescrita o no) es que en el primer caso el deudor que pagó ya no puede repetir, pues ha cumplido con el deber moral subsistente, el cual se encuentra previsto en la norma positiva. Habría cumplido el pago de su obligación natural. En

2402 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

cambio, en el segundo caso (pago de una deuda condonada, haya prescrito o no), el exdeudor podría repetir contra el exacreedor, puesto que tal deuda ya no existía en ningún plano (ni jurídica ni naturalmente). Al condonarse la deuda, la obligación no se transforma, sino que se extingue, desaparece.

2.4.30. Con respecto a la promesa unilateral formulada a título gratuito

Podría darse el caso en el que una persona haya formulado públicamente una promesa unilateral de recompensa por algún bien que se le hubiere extraviado. En este supuesto, dicha persona tendrá la obligación de cumplir con la promesa formulada si alguien encuentra el bien y se lo devuelve.

Si quien encuentra y devuelve el bien no acepta la recompensa ofrecida, nunca se habría generado *una obligación eficaz*[2403] de pago, en sentido estricto, en la medida en que para que ésta resulte eficaz, se requiere necesariamente el asentimiento del eventual beneficiario de la recompensa.

Pero podría ocurrir que, luego de haber aceptado recibir la recompensa ofrecida (pero no habiéndola recibido aún), el eventual beneficiario de la misma decidiese renunciar a cobrarla (supuesto de renuncia), y entonces se abstuviera de reclamarla o cobrarla. Aquí habría renuncia, mas no condonación. En tanto que, si conviene con el deudor la remisión de la deuda, sí se configuraría una condonación.

2.4.31. Con respecto a cualquier otro supuesto de liberalidad no mencionado anteriormente

Existen, sin duda, numerosos supuestos de liberalidad que no hemos desarrollado, pues nuestro análisis ha sido tan sólo enunciativo y no restrictivo. Sin embargo, en todos los casos deberá tenerse en cuenta que la condonación es únicamente una especie del género constituido por los actos de liberalidad, revistiendo características propias que —en mayor o menor medida— la distinguen de los demás.

Por último, debemos mencionar que el Código Civil de 1984 sólo emplea en todo su articulado el término «condonación», a diferencia del Código Civil de 1936, que utilizaba indistintamente las palabras «condonación» o «remisión», que son sinónimas. Nos parece acertado, no obstante que en nuestro lenguaje resulta más elegante el empleo de sinónimos a fin de no «repetir» palabras, uniformizar con un solo término esta figura jurídica, ya que es más eficiente dar prioridad a la claridad y exactitud, particularmente de las instituciones, evitando así posibles confusiones o ambigüedades.

2403 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Condonación de uno de los garantes. Efectos

Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes.

La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.

1. Fuentes nacionales del artículo 1296

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 882: «La remisión o descargo convencional concedido al deudor principal libra a los fiadores; pero el que se concede a uno de éstos, no libra al deudor principal ni a los demás fiadores».

Por su parte, el Código Civil de 1852 lo hacía en tres preceptos, a saber, el artículo 2246: «La condonación hecha a uno de los fiadores simples no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás fiadores. Si el deudor principal es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajada la parte que corresponda al que fue perdonado»; el artículo 2247: «Quedan libres los fiadores, si es perdonado el deudor»; y el 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».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de 1890 se ocupaba de la materia en su artículo 2970: «Por la remisión del deudor principal quedan libres los fiadores; mas por la del fiador no queda libre el deudor principal. La remisión concedida a un fiador solidario no libra a los otros, sino en el caso del artículo 2967, conforme a lo que allí se dispone respecto de deudores solidarios»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 277: «La condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores. Si el deudor principal es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajando la parte que corresponde al que fue perdonado».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 abordaba el tema en su artículo 265: «La condonación hecha a uno de los

LEYSER LEÓN CASTILLO FREYRE

fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores. Si el deudor es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajando la parte que corresponda al que fue perdonado»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 1289: «La condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores».

El Código Civil de 1936 regulaba la materia en los artículos 1300: «La condonación hecha a uno de los fiadores no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores»; y 1799: «La liberación consentida por el acreedor a uno de los fiadores sin asentimiento de los otros, aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado».

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 162: «La condonación hecha a uno de los fiadores no extingue la obligación del deudor principal ni de los demás fiadores»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo abordaba en el artículo 151: «La remisión a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La remisión efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, establecía en el artículo 1314 lo siguiente: «La remisión a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La remisión efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1263: «La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó».

2. Análisis

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste extingue la obligación (argumento del artículo 1295). Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías[2404], ya que, como sabemos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296 contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor, sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán

2404 Tanto garantías reales (prenda, hipoteca, anticresis), garantías mobiliarias, y garantías personales (fianza).

que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, con las limitaciones que luego analizamos.

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que, si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional es más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Si hubiese otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiera condonado, dicha condonación no surtirá efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes[2405].

En caso de existir garantía mancomunada, la responsabilidad de los garantes no abarca el íntegro de la deuda asumida por el deudor principal, sino cada uno de ellos responderá exclusivamente por su cuota parte, autónoma y diferente de las demás, no resultando ninguno afectado por la condonación en favor de alguno de los otros.

Así, imaginemos que José, Martín y Pedro son garantes mancomunados del crédito que Rosario tiene a su favor contra Gustavo (este último es el deudor principal). Suponiendo que la deuda asciende a quince mil soles y que los garantes se obligaron por partes iguales, entonces cada uno de ellos es responsable por cinco mil soles. Si Rosario liberase a José de su garantía, la situación de Martín y la de Pedro no variaría: ambos seguirían respondiendo por sus montos originales, es decir por cinco mil soles cada uno. Rosario no podría exigir más de esta suma a cada uno de ellos.

Vale la pena reiterar que, en ese caso, en nada se altera la obligación principal a cargo del deudor (Gustavo).

Ahora bien, tratándose de garantía solidaria la situación es distinta. Aquí habría que preguntarse si la condonación a uno de los garantes solidarios puede aprovechar o perjudicar a los demás garantes. Para ello, debemos distinguir si la condonación ha sido realizada contando con el asentimiento de los otros garantes o si se llevó a cabo sin tal asentimiento.

Si la condonación operada en favor de uno de los garantes solidarios hubiese sido hecha contando con el asentimiento de los demás garantes, sólo aprovecharía al garante que la hubiese celebrado con el acreedor. Esto quiere decir que los garantes solidarios restantes continuarían respondiendo por el total de la garantía, ya que se entiende que prestaron su consentimiento con el fin de exceptuar de

2405 De igual parecer es Raúl Ferrero Costa (Ferrero Costa, Raúl. *Op. cit.*, p. 423).

responsabilidad al liberado, asumiendo ellos dicha carga. En el mismo ejemplo anterior, si la fianza hubiera sido solidaria y la condonación de José hubiese contado con el asentimiento de Martín y de Pedro, estos últimos seguirían garantizando solidariamente la obligación por quince mil soles.

Si, por el contrario, dicha condonación hubiera sido realizada sin el asentimiento de los otros garantes (término que incluye los supuestos en que no se hubiese comunicado dicha condonación a los otros garantes o que, comunicándola, éstos guardaran silencio o se pronunciaran contrarios a la misma), aprovecharía a todos los garantes, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó. Es decir, cuando los garantes son solidarios y se libera a uno de ellos sin el consentimiento de los otros, los demás detraen de la garantía la parte que tocaba al liberado, por lo que les aprovecha parcialmente. A pesar de no haber sido establecido de manera expresa por el Código Civil, consideramos evidente que dicho aprovechamiento será proporcional a los montos garantizados por los garantes favorecidos en las relaciones internas entre ellos.

Así, en este supuesto, la condonación de Rosario a José, realizada sin el asentimiento de Martín ni de Pedro (garantes solidarios), reduciría el monto total de la garantía de quince mil soles a diez mil soles, pues se restaría el monto correspondiente al garante respecto a quien se ha producido el perdón.

Por último, si alguno de los garantes es insolvente, ¿qué responsabilidad tendría el garante a quien le condonaron su garantía? Si dicha condonación se produjo con el asentimiento de los demás garantes, no tendría responsabilidad alguna; pero, en caso contrario, compartiría, en su proporción original de las relaciones internas entre los garantes, la parte del insolvente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Condonación de deuda

Artículo 1297.- Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.

1. Fuentes nacionales del artículo 1297

Dentro de la Legislación Colonial, la Ley de las Siete Partidas, Ley 11, Título XIX, Partida Tercera, establecía lo siguiente: «*Si la carta rota o cancelada se fallare en poder de aquella otra parte contra quien fue hecha, sospecharan los sabios antiguos en tal razon como esta, que el debdor era quito de la debda*».

También debemos referirnos a la Ley 40, Título XIII, Partida Quinta: «*E calladamente quitaria ome el derecho que auía sobre el peño, como si la obligación de la cosa empeñada fuese fecha por carta, e el señor del debdo, que tuuiesse la carta, la cancelasse, o la rompiesse, o la diesse a aquel que gela empeñara. Ca tornándole la carta de la debda principal, o cancellandola, entendiese quel quita el debdo, e el derecho que auía sobre el peño*».

Finalmente, la Ley 9, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que: «*Si un ome diesse a otro la carta que auía sobre el, del debdo que le deuiesse, o la rompiesse a sabiendas, con entencion de quitarle el debdo, seria quito porende, como si lo ouiesse pagado. Pero siaquel que auía de auer el debdor, pudiere prouar con omes buenos, que dio la carta en fieldad al debdor, e non con voluntad de quitarle el debdo; o que gela furtaron, o forcaron, o gela rompieron contra su voluntad; estonce en saluo le fincaría su derecho, contra aquel que deuía la debda*».

El artículo 1297 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en sus artículos 877: «La entrega voluntaria del documento original privado, que el acreedor hace al deudor, es una prueba de remisión»; 878: «La entrega voluntaria de la copia del documento hace presumir la remisión, sin perjuicio de la prueba en contrario»; 879: «La entrega del documento original privado, o de la copia hecha a uno de los deudores *in solidum*, produce los mismos efectos para con los demás»; y 880: «La remisión o descargo convencional a favor de uno de los deudores *in solidum*, libra a los demás, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra éstos, en cuyo caso no puede repetir la deuda sin deducir la parte de aquel a quien ha hecho la remisión»; en tanto que el Código Civil de 1852 no abordaba esta materia.

FONDO EDITORIAL PUCP CARLOS FREYRE

El Proyecto de Código Civil de 1890 la trataba en los artículos 2964: «La remisión puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando el acreedor declara que perdona la deuda, o pacta con el deudor que nunca la reclamará. Tácita, cuando ejecuta algún acto por el cual se presume la intención de remitir la deuda»; 2965: «Los hechos que constituyen remisión tácita, son: 1° Entregar el acreedor al deudor el documento simple que sirve de título de la deuda; 2° Destruir, o cancelar el acreedor, el mismo documento.— Sin embargo no hay remisión, si el acreedor prueba que entregó el documento al deudor en confianza, y sin intención de remitir la deuda, o que no fue entregado por él mismo, ni por persona a quien él hubiese autorizado, o que lo rompió inadvertidamente»; 2966: «La entrega de un documento simple a cualquiera de varios deudores solidarios, es remisión tácita de la deuda respecto de todos los codeudores, salvo lo dispuesto en la segunda parte del artículo que precede»; y 2967: «La remisión parcial o total del crédito hecha a favor de un codeudor solidario, libra a todos los demás total o parcialmente, a no ser que el acreedor se haya reservado de un modo expreso su derecho contra alguno de ellos.— Verificada la remisión con tal reserva, tiene el acreedor acción contra los demás codeudores, deducida la parte correspondiente al deudor, a quien haya exonerado de responsabilidad».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba el tema en su artículo 278: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 266: «Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 en el artículo 1290: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1301: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 proponía en el artículo 163 lo siguiente: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 expresaba en el artículo 152 que: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que aquélla constare, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado».

Por último, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 planteaba el texto siguiente: «Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que aquélla constare, salvo que el deudor pruebe

que la ha pagado»; mientras el artículo 1264 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 establecía que: «Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado».

2. Análisis

La presunción contenida en el artículo 1297 del Código Civil en el sentido de que hay condonación tácita de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado, resulta de delicada interpretación, ya que aplicar su texto literalmente podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por ello, lo analizaremos de manera cuidadosa.

Se trata de la condonación tácita, es decir, de la que se infiere por algún acto del acreedor que demuestra su intención de modo unívoco. Habida cuenta de que las renuncias no se presumen, la norma, como veremos, establece expresamente el acto o la acción concreta y puntual que debe realizar el acreedor para que se genere tal presunción.

El referido precepto señala que la simple entrega al deudor por parte del acreedor del documento original en que consta la deuda, constituye remisión de ésta, con la única salvedad de que se permite, en su caso, que el deudor pruebe el pago.

Coincidiendo con Salvat[2406], consideramos que este supuesto presupone la existencia de tres condiciones:

(a) Que la entrega del documento original haya sido hecha voluntariamente. Faltando esta condición, el fundamento de la ley desaparece, puesto que, al no existir un acto voluntario del acreedor, no podría suponerse su voluntad de extinguir la obligación. Así, no habría remisión tácita en el caso en que el documento original hubiese sido sustraído al acreedor o si éste lo hubiera perdido y hubiese sido encontrado por el deudor. Es al acreedor a quien corresponde probar el robo, ya que la posesión del documento hace presumir la restitución voluntaria.

(b) Que la entrega haya sido hecha por el propio acreedor, pues sólo de esta forma podría haber motivo para establecer la presunción de que trata la ley. De igual manera ocurriría si la entrega emanara de un representante del acreedor, debidamente autorizado para este acto específico.

(c) Que la entrega haya sido realizada al mismo deudor. Si el documento fue entregado a otra persona, no sería claro ni indubitable que la intención del acreedor fue la de liberar gratuitamente al deudor; el documento

2406 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.* tomo II, pp. 350 y ss.

podría haber sido entregado en calidad de depósito o para que el tercero se encargara de cobrarlo.

Por otro lado, consideramos que la salvedad a la presunción expresada en la propia norma («salvo que el deudor pruebe que la ha pagado») es adecuada, ya que si bien la obligación igualmente se extingue, sea por condonación o por pago, es evidente que al deudor que pagó le podría resultar más conveniente, no sólo a efectos de imagen de solvencia y de credibilidad personal, sino para la seguridad de su propio pago (suponiendo que su acreedor tuviera a su vez otros acreedores que no estuviesen de acuerdo con la condonación, o que se considerara posteriormente inoficiosa, reputándose como donación), que quede establecida la extinción de la obligación por un cumplimiento adecuado. En este caso, su posición como deudor sería incuestionablemente más firme que la que tendría si la deuda le hubiere sido perdonada.

A nadie que paga le interesa ni conviene, en principio, que se crea que su deuda se extinguió en virtud de una condonación. Por ello, la norma contiene una presunción *iuris tantum* para el deudor, es decir, que atribuye a este último probar que no ha habido condonación. No basta que el deudor alegue que ha pagado, sino que debe demostrarlo aportando las pruebas que correspondan, destinadas a acreditar que la entrega del documento ha sido consecuencia del pago realizado por él[2407].

2407 Un sector de la doctrina es de opinión que resulta suficiente que el deudor alegue el pago para que la presunción de condonación desaparezca, basándose en que es común, en la práctica, que el acreedor, contra el pago del deudor, entregue a éste el documento de la obligación. Por ello, se dice, no debería presumirse tan livianamente la voluntad de «donar» (nos referimos, claro está, al acto condonatorio).
Si bien podría existir en ciertos casos algún tipo de conflicto debido a dicha presunción (un deudor que pagó, y a quien le fue devuelto el título de la obligación, pero que no tiene cómo probar dicho pago —el acreedor no firmó recibo o comprobante de pago ni el deudor realizó una transferencia bancaria directa de su cuenta a la del acreedor, etcétera—, podría verse perjudicado ante tal dificultad, si se diera el supuesto de que el acreedor afirmara que le condonó la obligación), ellos nos parecen situaciones extremas, pues quien paga una deuda usualmente tiene la previsión de dejar constancia de tal pago. Además, resulta poco frecuente que un acreedor desee hacer creer que condonó la deuda; la obligación se encuentra extinguida de todos modos, y ya no recibirá pago alguno en mérito de ella.
Por otro lado, que el solo alegato del deudor constituya ruptura de la presunción, integraría una presunción asumiendo que el deudor dice la verdad. Las presunciones de por sí son producto de una abstracción ideal, que en muchos casos no corresponden a la realidad; mas frente a la encrucijada en que se encuentra el Derecho, ante la duda, opta por la decisión que más se asemeja a la noción de justicia, debido a la mayor probabilidad de su ocurrencia. Pero añadir a una norma de presunción una carga subjetiva adicional, que es admitir una afirmación como cierta sin necesidad de sustento probatorio, es «desbordar» de subjetividad a la institución misma, lo cual no es aquello que pretende el legislador.
Ya hay una desventaja para el acreedor, en el sentido de que se presuma su voluntad de condonar la deuda por el solo hecho de entregar el documento original en que consta aquélla; vemos, pues, que se trata de una presunción que favorece al deudor. Si además de esto al deudor le basta con afirmar que la ha pagado y con ello ya es suficiente, entonces vemos que el acreedor, en términos jurídicos, se encuentra en desventaja. Por tal razón, nos parece acertada la obligatoriedad de probanza por parte del deudor.

Cabe señalar que en el ámbito mercantil no se presume la condonación de la deuda, ni tampoco el pago de ésta con la entrega de las facturas por los comerciantes a sus deudores, a pesar de constituir aquéllas documentos originales, pues en estos casos las facturas deben contener una inscripción que indique que se encuentran canceladas.

Ahora bien, analizando la propia presunción, podría parecer inadecuado que ésta sólo admita prueba en contrario por parte del deudor, porque se trataría, a primera vista, de una presunción *iuris tantum* para el deudor y, *iuris et de iure* para el acreedor. La norma no señala qué ocurre en caso de que el acreedor, por cualquier otra razón que no sea la remisión o condonación de la deuda, entregue al deudor el título en que consta aquélla. Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que el verdadero espíritu de la norma es el de una presunción *iuris tantum*, para el acreedor y para el deudor.

Cuando se hace mención a la entrega al deudor del documento original en que conste la deuda, esta situación puede ser interpretada en dos supuestos: uno, cuando existe un contrato o documento escrito del que se originó la obligación condonada; el otro, cuando no existe tal documento (es decir, si el contrato se celebró verbalmente), pero la obligación surgida de dicho contrato se encuentra representada por algún título valor. Haremos un breve análisis de cada una de estas situaciones.

2.1. Que exista un contrato escrito del cual se haya originado la obligación condonada

Sobre este tema, remitiéndonos para empezar al Derecho francés, recordamos que Pothier reunió en una a las doctrinas errantes, a saber: reconoció la presunción de remisión derivada de la restitución voluntaria del documento y estimó suficiente la posesión de éste para hacer presumir su restitución voluntaria por parte del acreedor, habilitando con ello al deudor para sostener, según su conveniencia, o el pago o la condonación. Finalmente, opinó que no todas estas reglas se podían aplicar a la copia de un instrumento del que existiese original en poder de un notario.

Así, Pothier[2408] puntualiza que la condonación de una deuda puede hacerse no sólo expresa sino también tácitamente, cuando algún hecho da lugar a presumirla; por ejemplo, si el acreedor devuelve a su deudor el debitorio o escritura en que se contiene la obligación, se presume que le condona la deuda. Más aún, en caso de existir deudores solidarios, y el acreedor entrega el título de la obligación (firmado por todos) a uno de ellos, también debería presumirse la condonación de toda la deuda, ya que, si hubiera querido liberar a uno solo de aquéllos, habría retenido dicho documento que le era necesario para hacer que los demás lo pagasen. Pothier lleva, pues, la presunción hasta las últimas consecuencias,

2408 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, p. 259.

discrepando con quienes piensan que en caso de solidaridad pasiva se debe presumir únicamente una condonación personal de la deuda a favor de aquél a quien se ha entregado el título y no a favor de los demás.

Laurent, por su parte, señala que la presunción resultante de la restitución prevista en el texto es una presunción *iuris et de iure*, contra la que no se admite prueba en contrario. Es muy natural, agrega, que la restitución del título original bajo documento privado hecha al deudor conduzca a este efecto, puesto que al producirlo el acreedor se despoja voluntariamente del único medio de prueba que poseía, por lo que se le pagó o renunció definitivamente a su derecho.

Huc[2409], atemperando criterios, manifiesta que, sin embargo, si el acreedor tenía el medio de reemplazar el título que entregó a su deudor, evidentemente el hecho de esta entrega ya no tendría un significado tan enérgico. Como consecuencia de ello, para este autor el artículo 1283 del Código Napoleón establece que la entrega voluntaria del testimonio del título hace que se presuma la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de prueba en contrario, lo cual —a nuestro entender— resulta bastante más lógico y equitativo.

Entonces, para Huc siempre habrá presunción de liberación, pero ésta será menos fuerte, será *iuris tantum*, es decir, que se admitirá prueba en contrario, pues en la hipótesis prevista no se desarma del todo al acreedor porque siempre puede establecer su derecho por medio de la minuta del acta conservada por el notario, con la que en algunos casos hasta puede obtener un segundo traslado y por la que siempre le será lícito el reclamo de una expedición. Y resalta que la restitución del título no es el único hecho por el que se pueda inducir a la liberación del deudor, sino que es el único que genera una presunción legal de liberación; y, por otro lado, las presunciones del hombre pueden establecer la liberación, es decir, de hecho, en todos los casos en que la ley permite a los jueces admitir este modo de prueba.

Como señala Dupichot[2410], en la práctica es muy molesto para el deudor a quien se ha liberado del pago, exigir de su acreedor un escrito en que conste la remisión de la deuda. Sin embargo, es un indicio muy significativo (del cual la ley misma deduce una presunción de perdón de la deuda) el hecho de que el deudor conserve el «título original», esto es, el escrito que constituye la única prueba de la existencia de la obligación, lo que da lugar a pensar que este último le ha remitido voluntariamente el título para simbolizar la remisión de la deuda o el pago y, por consiguiente, para aprobarlo. A decir de este autor, el alcance de dicha presunción depende, por lo tanto, del carácter más o menos irremplazable del título, desde el punto de vista del acreedor; es así como el envío de una copia (aun autenticada) no tiene ningún significado, mientras que el envío del original de un reconocimiento de la deuda en documento privado hace prueba plena de la liberación del deudor.

2409 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 171 y 172.
2410 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, pp. 118 y 119.

Observa Dupichot que muchas veces el acreedor puede haber destruido materialmente el documento privado (haberlo roto, por ejemplo); aquí el deudor no podrá utilizar la presunción legal de liberación, pero a su vez el acreedor no podrá establecer la existencia de la obligación respecto al deudor, lo que, en la práctica, viene a ser más o menos lo mismo. Una vez más, vemos que todo se reduce a un problema de probanza. Es claro que, si el deudor detenta el documento original de la deuda, se presume la condonación de ésta; en sus manos está la prueba de ello (asumiendo la presunción).

Entonces, si el acreedor ha destruido el documento original, movido por un acto de compasión o altruismo que lo llevó a decidir condonar u olvidar la deuda, y luego, por cualquier otra razón, cambia de parecer y decide «resucitar» la obligación (esto, desde luego, partiendo de la suposición de que muchas veces a una gran generosidad —la remisión de la deuda— sucede una gran mala fe de parte del acreedor, que, por lo demás, no deja de tener ejemplos —el caso del acreedor herido por la ingratitud del exdeudor—), no podrá hacerlo, por carecer del documento principal. La diferencia está en que en este último caso no se presume la condonación, sino la extinción a secas de la obligación (que pudo haber sido por remisión, por pago, por compensación, por transacción, etcétera).

Levenhagen[2411] opina que el artículo 1053 del Código Civil brasileño de 1916 deja claro que el título debe ser privado, lo que se explica porque si se trata de instrumento público, la posibilidad del respectivo traslado nada significa, ya como pago o como remisión.

Podemos ver que la doctrina y la legislación en general se encuentran inclinadas a considerar que para que se establezca la presunción, el documento que el acreedor entregue al deudor no sólo debe ser el original, sino que la obligación no debe constar en instrumento público. Por ejemplo, si existe un contrato escrito, documento privado original en que se plasmó el acuerdo por el que se daba origen a la relación obligacional entre ambas partes, y luego se eleva a escritura pública; cada copia notarial (esto es, cada copia certificada por el notario) de este documento será considerada con valor de original, pero su entrega por el acreedor al deudor no dará cabida a la presunción de condonación (ni de pago, ni de ninguna otra causal de extinción de la obligación).

Este razonamiento, que consideramos lógico y coherente, nos conduce a suponer que uno de los motivos de que se excluya la presunción en caso de existir instrumento público, es que, a pesar de entregar el acreedor al deudor el documento (copia) que él detentase en su poder, siempre podrá valerse del que se encuentra en la notaría, por lo que el deudor no podría probar el ánimo de condonación. Esto último obedece a que si el acreedor quisiera condonar la deuda —y esta voluntad tácita debe ser lo más certera posible—, él debería despojarse del único

2411 LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 184.

instrumento con que podría hacer cobro de ella, sin el cual no estaría en aptitud de exigir el cumplimiento de dicha obligación, por constituir su prueba principal y, en muchos casos, la única. Volvemos a ver que esta presunción se construye en torno a la probanza. Por ello es que llegamos a concluir en que se admite prueba en contrario por parte del acreedor.

Se deduce de este razonamiento que se debe diferenciar las obligaciones, según si éstas constan en documento privado, o si constan en documento público. En el primer caso, la entrega del documento implica condonación, por las razones expuestas. En cambio, tratándose de obligaciones que consten en documento público, la entrega del testimonio no significa nada, porque el testimonio es una copia certificada del documento original que se halla en el registro del notario. En efecto, por más de que exista un instrumento público (testimonio o copia certificada expedida por notario), de fecha cierta, con constancia de inscripción en los Registros Públicos, que el acreedor entrega al deudor, aquél siempre podrá probar la vigencia de la obligación (dada la existencia de la escritura pública), por lo que la presunción no opera en este caso.

Entonces, resumiendo, es mucho más factible suponer que quien se desprende de la única prueba que tiene para exigir y demostrar la existencia de su crédito, entregándolo a la única persona que tendría interés en hacerlo desaparecer, es porque quiere perderlo; en otras palabras, se emplea el «común uso del mercado», ya que suele ocurrir que quien perdona una deuda entrega a su deudor su título, o lo rompe delante de él, o le escribe encima alguna palabra o frase que —de una u otra manera— signifique su extinción.

Este criterio era compartido por Manuel Augusto Olaechea, cuando sostenía que se trata de un caso de condonación tácita, pues el acto del acreedor que voluntariamente entregue el documento en que constare la deuda, implica condonación.

Por ello es que la lógica de la presunción gira alrededor de la probanza. Esto, a nuestro entender, admite la posibilidad de prueba en contrario, a pesar de que el artículo pareciera reducirla expresamente al deudor.

José León Barandiarán[2412], refiriéndose a la presunción contenida en el artículo 1301 del Código Civil peruano de 1936 («Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado»), expresa que: «La entrega del documento original hace presumir que el deudor queda liberado. Se trata, como resulta del término "original" empleado, de documento privado. El Código no se ocupa del caso de que la deuda conste de instrumento público, como ocurre en otros códigos, en que se prescribe que la entrega del primer testimonio del instrumento hace presumir, salvo prueba en contrario, la liberación del deudor».

2412 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 532.

Citando a Laurent, León Barandiarán señala que tal presunción es perfectamente explicable, ya que «La escritura constituye la prueba del derecho que el acreedor tiene contra el deudor; despojarse de esta prueba, entregando el documento a aquel mismo contra el cual el documento está destinado a establecer una obligación, es dar testimonio de voluntad de no hacer valer un derecho, sea que el derecho no exista, si el deudor ha pagado, sea que el acreedor haga de él remisión gratuita al deudor. Hay, pues, gran probabilidad de que el deudor esté liberado, bien por el pago que él ha hecho o por la liberalidad que se le ha ofrecido. Es sobre esta probabilidad que la ley establece que se presume la liberación. Si ha habido pago, la presunción de liberación se justifica perfectamente, pues lo usual es que el acreedor entregue al deudor el título en que consta la deuda extinguida; lo que dispensa a las partes de producir carta de pago. La presunción de liberación se justifica también cuando el acreedor entiende hacer una liberación a su deudor; la tradición del título reemplaza, en este caso, la tradición de la cosa entregada; tradición que es necesaria cuando la donación no es hecha por acto notarial».

2.2. Que la obligación se haya originado mediante un contrato verbal, pero que tal deuda se encuentre representada por un título valor

En este caso, los títulos valores que podrían constituir garantía de la obligación serían un vale a la orden, un pagaré o una letra de cambio (por ley, los cheques no pueden constituir garantía de deuda, ya que son órdenes de pago). Cualquiera de estos tres documentos podrá ser calificado, en la terminología del Código Civil, como el documento original en el que conste la deuda.

En suma, la devolución del título valor hará presumir la condonación de la deuda, a menos que ésta haya sido pagada previamente, caso en el cual resulta natural que la devolución del título estará haciendo las veces de recibo o comprobante de pago.

Por lo demás, el supuesto de la norma bajo análisis ya fue examinado por nosotros cuando tratamos acerca de las disposiciones generales del pago, donde, al comentar la prueba de éste, señalamos que corresponde al deudor probar el pago cuando es él quien afirma haberlo realizado; el pago no se presume, sino que debe ser comprobado.

Ahora bien, ¿cómo probar dicho pago? Citando a Josserand afirmamos que «En caso de controversia es al deudor a quien incumbe la prueba del pago, pues, en efecto, las apariencias le condenan, ya que, por hipótesis, el acreedor ha hecho prueba de la existencia de su derecho. Entonces, al deudor corresponde contestar demostrando que dicho derecho ha quedado extinguido; y si el acreedor hubiera entregado a su antiguo deudor el título que comprobara la existencia de la deuda, en tal caso este deudor no tendría ya nada que temer, ni tendría que justificar siquiera, porque su contradictor no estaría en condiciones de probar la obligación; se encuentra completamente desarmado».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, como hemos expresado con anterioridad, estas presunciones giran alrededor de la probanza de ambas partes, es decir, no pueden considerarse *iuris et de iure*, ya que el acreedor, no obstante haber entregado el título de la obligación al deudor o, incluso, hasta un recibo (lo cual da cabida a la presunción), podría, de ser el caso, probar que no se ha efectuado pago alguno o que tal hecho no ha correspondido a un ánimo de condonación[2413].

En opinión nuestra, para resumir lo dicho, la prueba en contrario de esta presunción corre tanto de cargo del deudor (a quien interesa demostrar que la extinción de la obligación obedeció a su pago), como de cargo del acreedor, al que correspondería probar que si entregó el documento original en que consta la obligación, no fue con intención de condonarla.

Esto se demuestra, por ejemplo, con la solución del Código Civil colombiano, que menciona explícitamente la posibilidad de probanza por parte del acreedor[2414], si bien omite la ruptura de la presunción por parte del deudor.

A pesar de que las presunciones son siempre peligrosas, pues constituyen salidas forzadas por el legislador para casos de complicada solución, algunas veces, en vista de la ambigüedad de la situación real, resultan necesarias para facilitar el flujo o tráfico de las relaciones patrimoniales, por lo que la opción debe basarse en los usos más habituales y frecuentes, es decir, en la costumbre.

En el supuesto que nos ocupa, lo habitual es que cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el único título que ampara su derecho en la relación obligacional que lo une, es porque desea condonar la deuda. No será usual lo contrario. Sin embargo, es lógico, racional y eficiente, que, si la presunción no se ajusta a la realidad del caso concreto, el acreedor esté facultado para demostrar que su intención fue distinta a la presunta. Asimismo, ante la eventual prueba del deudor en el sentido de haber pagado su deuda al acreedor, este último también deberá estar en aptitud de demostrar que no recibió tal pago. El principio de equidad, razón primera del valor justicia, debe primar en la norma. Por ello es que consideramos que en cualquier caso la prueba en contrario debe ser admitida, por lo que resultaría más adecuado que la norma expresara la salvedad de la prueba en contrario en forma genérica («salvo prueba en contrario»).

2413 Pensamos, en fin, que el deudor que ostenta un recibo goza de la presunción de que pagó la prestación debida. En caso contrario, corresponderá al acreedor demostrar que, no obstante haber emitido recibo, la prestación se cumplió defectuosamente o, simplemente, no se cumplió.

2414 El artículo 1713 del Código Civil colombiano establece:
Artículo 1713.- Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda.

Condonación de la prenda. Presunciones

Artículo 1298.- La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1298

Dentro de la Legislación Colonial, podemos mencionar la Ley de las Siete Partidas, Ley 40, Título XIII, Partida Quinta, cuyo texto transcribimos al iniciar el estudio del artículo siguiente.

El artículo 1298 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, ni en el Código Civil de 1852.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 abordaba la materia en su artículo 2969: «Por la existencia de la prenda en poder del deudor se presume la devolución voluntaria de ella, salvo el derecho del acreedor para probar lo contrario»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 lo hacía en el artículo 281: «La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 269: «La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, trataba sobre este punto en su artículo 1292: «La existencia de la prenda en poder del deudor, hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1303: «La existencia de la prenda en poder del deudor, hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario».

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 165: «La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 154: «La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario». Asimismo, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 se ocupaba del particular en el artículo 1317: «La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

prueba en contrario»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trataba sobre el tema en su artículo 1265: «La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario».

2. Análisis

Antes de analizar lo prescrito por los artículos 1298 y 1299 del Código Civil, ambos dedicados a regular el tema de la condonación de la prenda, consideramos necesario aclarar que éstos, no obstante la entrada en vigencia (el 30 de mayo de 2006) de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley n.° 28677), aún se encuentran vigentes.

Aunque una visión preliminar y superficial podría llevarnos a la conclusión de que la Ley de la Garantía Mobiliaria ha derogado implícitamente dichos preceptos por haber derogado el título del Libro de Derechos Reales dedicado a la prenda, así como las normas especiales sobre la materia, lo cierto es que sólo ha limitado tácitamente sus alcances.

En nuestra opinión, las normas contenidas en los artículos 1298 y 1299 del Código Civil no se encuentran derogadas, en la medida en que la prenda, aunque ya no está regulada como una garantía típica, no ha sido prohibida y, en consecuencia, es perfectamente factible pactarla.

Nuestra posición encuentra sustento en la propia Ley de la Garantía Mobiliaria, ya que al establecer en su segunda disposición final que las demás garantías sobre bienes muebles se regirán supletoriamente por lo que ella dispone, está aceptando la existencia y validez de aquéllas, entre las que se encuentra la prenda.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que no podría pactarse la prenda sin desplazamiento o prenda con entrega jurídica, en tanto la Ley de la Garantía Mobiliaria se ha encargado de eliminar los registros en donde ella antes se inscribía[2415].

La celebración de un contrato que obligue a constituir un derecho real de garantía prendaria requiere, para su validez, la entrega del bien materia del contrato, constituyendo ésta, a nuestro modo de ver, la garantía mobiliaria más eficaz que existe en nuestros días.

Con estas premisas claras, nuestro análisis de los artículos 1298 y 1299 se va a centrar en lo que se conoce como «prenda con desplazamiento», por ser ésta la única viable en nuestro sistema de garantías vigente.

Al ser claro que la obligatoriedad de la entrega al acreedor o a un tercero del bien objeto de garantía prendaria es la esencia de la prenda, resta por preguntar

2415 Para mayor abundamiento, revisar la obra de uno de los autores de este tratado: Castillo Freyre, Mario. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria. Op. cit.* y Castillo Freyre, Mario. *Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria.* Lima: Instituto Pacífico, 2018. [La última referencia corresponde a la tercera edición]

¿qué ocurre si una vez entregado el bien al acreedor o a un tercero y constituida la prenda, dicho bien es devuelto al deudor?

Si se produce la devolución del bien por el acreedor al deudor, propietario del bien, esta devolución hará presumir que la prenda se ha extinguido. Lo mismo sucedería si la devolución la efectúa un tercero, cumpliendo instrucciones del acreedor.

En realidad, existen dos presunciones que caminan juntas: una, el carácter voluntario de la devolución de la prenda al deudor, y otra (en concordancia con el artículo siguiente), que tal devolución voluntaria únicamente determina la condonación de la prenda.

La presunción establecida en el artículo 1298 es claramente *iuris tantum*, condición jurídica contemplada en forma expresa por la norma —dada la frase final «salvo prueba en contrario»—, previéndose la posibilidad de que la devolución de la prenda no hubiera sido voluntaria, sino hecha sin asentimiento del acreedor. De ser éste el supuesto, resulta claro que el acreedor perjudicado tendría la posibilidad de demostrarlo, para que no se generen los efectos jurídicos previstos por el precepto.

Es decir, se presume que el acreedor entregó al deudor el bien pignorado por su propia voluntad, a menos que se pruebe lo contrario. Entonces, es el acreedor quien debe demostrar la sustracción o despojo del bien por parte del deudor, por haber sido inducido a ello, forzado o como víctima de una apropiación indebida, etcétera. Si no puede probarlo, opera la presunción de que lo entregó voluntariamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La condonación de la prenda no implica la de la deuda

Artículo 1299.- La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda.

1. Fuentes nacionales del artículo 1299

Dentro de la Legislación Colonial, debemos citar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 40, Título XIII, Partida Quinta: «*Paladinamente por palabras, o callando, puede el ome quitar el derecho que ha sobre el peño. E por palabras seria, como si dixesse aquel a quien ouiesse obligado el peño, al que gelo ouiesse empeñado, o a su personero, quel tornaua el peño, o que le quitaua el derecho que auía sobre el peño. E maguer diesse, e quitasse desta guisa, el derecho que auía sobre el peño, con todo esso non se entiende que le quita el debdo que auía sobre el. Fueras ende, si manifiestamente dixesse, quel quitaua tambien el debdo, como el derecho que auía sobre el peño. Pero si le quitasse el debdo principal, entiendese otros, quel quita el peño*».

El artículo 1299 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

Esta materia es tratada por primera vez en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 en su artículo 881: «La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda»; seguido por el Código Civil de 1852, en el artículo 2248: «La devolución de la prenda no es suficiente prueba de la condonación de la deuda»; y por el artículo 2968 del Proyecto de Código Civil de 1890: «Si el acreedor devuelve voluntariamente la cosa empeñada, se entiende remitido el derecho de prenda, pero no la deuda que ésta garantiza».

Posteriormente, el tema fue abordado por el artículo 280 del Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925: «La devolución voluntaria de la prenda causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda»; por el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo 268: «La devolución voluntaria de la prenda causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda»; seguido por el artículo 1291 del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936: «La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda»; y por el artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1302 del Código Civil de 1936: «La devolución voluntaria de la prenda, causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 señalaba en su artículo 164: «La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda»; el artículo 153 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980: «La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión de tal derecho, pero no la remisión de la deuda»; el artículo 1316 del Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981: «La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión de tal derecho, pero no la remisión de la deuda»; y, finalmente, el artículo 1266 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda».

2. Análisis

El artículo 1299 del Código Civil peruano no establece salvedad alguna que permita admitir prueba en contrario, pero siguiendo una lógica similar a la del artículo 1298 del Código Civil, sí consideramos que tal posibilidad se halla en el espíritu de la ley y en la racionalidad del sistema. Entendemos que elementales principios de seguridad jurídica deben proteger al deudor contra la volubilidad o la prepotencia del acreedor, quien luego de condonada la prenda mediante su entrega, pudiera pretender decidir unilateral y arbitrariamente que el bien continúe pignorado.

El legislador no optó por proteger al deudor antes que al acreedor porque considere al primero como «parte débil» y al segundo como «parte fuerte» de la relación obligacional, ya que este argumento carece de sustento racional. La opción del legislador tiene sus cimientos en los usos y costumbres de las personas. Es mucho más frecuente que la prenda en poder del acreedor se mantenga en posesión de éste hasta el final, es decir, hasta el cumplimiento íntegro de la obligación principal. Por algo es garantía. La única razón, desde una óptica lógica, por la que el acreedor devuelve la prenda por su propia voluntad, es o bien por la extinción de la obligación principal, o porque desea condonar la garantía prendaria.

En el caso analizado de la prenda, es la tradición (o entrega) del bien objeto de ésta, lo que da vida jurídica a dicho derecho real de garantía. Un acreedor juicioso y razonable no devuelve a su deudor, por tanto, el bien que prueba y sustenta su derecho de garantía, a menos que ya no desee conservar el estatus de acreedor prendario. Hay que recordar que el acreedor que tiene en su poder un bien del deudor como garantía, está obligado a cuidarlo y a conservarlo en las mismas condiciones en que le fue entregado, siendo responsable por cualquier daño o deterioro, esto es, porque se convierte en un depositario del bien con todas las obligaciones que ello implica.

Por otra parte, ¿qué ocurre en caso de que el acreedor, efectivamente, haya hecho entrega voluntaria al deudor del bien dado en prenda, pero que el ánimo de tal actuar no haya sido el de la condonación de la garantía prendaria? Podría haber sido inducido con engaño a entregar al deudor el bien. Por ejemplo, si de buena fe se lo «prestó» al deudor por un periodo determinado (podría ser hasta por unas pocas horas) y luego, al pretender recuperarlo, el deudor alega que le fue devuelto y, por lo tanto, condonada la garantía, y que por ello lo puede conservar. En este caso, según la norma bajo análisis, se presume la condonación, pero evidentemente que sería posible la prueba en contrario, por ejemplo, si el acreedor actuó diligentemente e hizo firmar al deudor un documento en el que constara la razón de la entrega temporal de éste del bien.

Es opinión nuestra que a pesar de los posibles problemas y críticas que se puedan hacer a esta presunción, la naturaleza de la prenda con entrega física (prenda tradicional), cuya racionalidad es la de proteger al acreedor y a los terceros (ya que la posesión constituye una publicidad imperfecta, es decir, que si el deudor conserva una prenda de este tipo en su poder tiene reunidas la propiedad y la posesión sobre el bien y podría volverlo a gravar e inclusive enajenarlo sin que el nuevo adquirente tenga la menor idea de las cargas que pesen sobre él), hace que siga siendo más eficiente conservar esta obligatoriedad de la entrega y conservación del bien en poder del acreedor mientras dure la garantía. Una presunción como ésta desincentiva al acreedor a entregar al deudor el bien hasta que la garantía se extinga, lo cual, indudablemente, es más eficiente.

De otro lado, es importante resaltar que la condonación de la prenda no implica la condonación de la obligación.

La prenda constituye una garantía real, esto es, un accesorio de la obligación principal, razón por la cual la devolución del bien pignorado determina la extinción de dicho derecho real de garantía, pero no la extinción de la obligación principal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue, necesariamente, la suerte de lo accesorio. Por tal razón, si bien se extingue la garantía, permanece intacta la obligación. La única salvedad la constituiría el acuerdo entre partes, como, por ejemplo, si en el contrato se establece que, extinguida la garantía, la obligación principal también se extingue.

Hemos señalado que la devolución del bien pignorado «hace presumir» la condonación de la prenda, lo cual es bastante distinto a señalar que la devolución de ese bien «determine» la condonación de la prenda, que corresponde a la terminología empleada por el Código. Esta última fórmula nos parece no sólo exagerada, sino hasta peligrosa. Es algo así como una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. Como hemos visto —e insistimos en ello—, la presunción resulta eficiente, pero siempre y cuando admita prueba en contrario por ambas partes. Entonces, la entrega no debe implacablemente determinar, sino tan sólo presumir una voluntad.

ESTUDIANTE NO CASTIGO FREE

En efecto, consideramos que es válida la presunción de que la devolución voluntaria de la prenda manifiesta el propósito de su condonación, ya que, como sabemos, el punto central o razón de ser de la obligatoriedad de la entrega del bien por el deudor como requisito constitutivo de dicho derecho de garantía está destinado a proteger a terceros y al propio acreedor.

Sin embargo, siempre debe admitirse explícitamente la prueba en contrario, ya que las presunciones armonizan de la forma más equitativa posible las costumbres del mercado y la protección de los intereses de las partes, pero no deben faltar situaciones que escapen al supuesto asumido por la ley. En esos casos, la realidad debe primar y entonces las partes en conflicto deben encontrarse en total posibilidad de demostrar que sus circunstancias son especiales. La norma debe ayudar a facilitar las relaciones humanas, dando un marco de seguridad jurídica para todo tipo de transacciones, pero sin ser una camisa de fuerza rígida que no permita salida a situaciones no previstas.

Por estas razones, creemos que las presunciones respecto de la condonación de la garantía prendaria, contenidas en los artículos 1298 y 1299, deben admitir, necesariamente, prueba en contrario.

Finalmente, por lo expresado, consideramos claro que la extinción de la garantía no implica la extinción de la obligación garantizada. El principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa es de lógica jurídica elemental y resulta redundante hasta el extremo, por lo que bien podría no haberse incluido en el Código Civil este texto legal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN SEGUNDA
Efectos de las obligaciones

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

EL PRINCIPIO DE TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES A LOS HEREDEROS

1. Fuentes nacionales del artículo 1218 985
2. Análisis 986
   (a) Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona 989
   (b) Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley 990
   (c) Obligación no transmisible a los herederos por pacto 991

ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR POR EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

1. Fuentes nacionales del artículo 1219 992
2. Análisis 994
   2.1. El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó 997
   2.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor 1000
   2.3. Exigir el pago de una indemnización 1002
   2.4. Promover acciones subrogatorias u oblicuas 1002
   2.5. Otras acciones que el derecho concede al acreedor 1007
      2.5.1. Acción revocatoria o pauliana 1007
         2.5.1.1. Requisitos de la acción revocatoria o pauliana 1011
      2.5.2. Acción de simulación 1015
      2.5.3. Acción directa 1017
      2.5.4. Medidas conservatorias 1019
      2.5.5. Medidas curativas 1019

EDUARDO MAPO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

CONSIDERACIONES GENERALES. NOCIÓN DE PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1220 1027
2. Análisis 1028
   - 2.1. Los medios generales extintivos de las obligaciones 1028
     - 2.1.1. Por su idoneidad 1028
       - 2.1.1.1. Ideales 1028
       - 2.1.1.2. No ideales 1028
     - 2.1.2. Por sus efectos 1030
       - 2.1.2.1. Extintivos, en estricto 1030
       - 2.1.2.2. No extintivos, en estricto 1030
     - 2.1.3. Por las partes que intervienen 1030
       - 2.1.3.1. Unilaterales 1030
       - 2.1.3.2. Bilaterales 1031
       - 2.1.3.3. Sin intervención de las partes 1032
     - 2.1.4. Por la intervención de la voluntad humana 1032
       - 2.1.4.1. Voluntarios 1032
       - 2.1.4.2. Involuntarios 1032
     - 2.1.5. Por su normalidad 1032
       - 2.1.5.1. Normales 1032
       - 2.1.5.2. Anormales 1033
     - 2.1.6. Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor 1033
       - 2.1.6.1. Satisfactorios 1033
       - 2.1.6.2. No satisfactorios 1033
   - 2.2. El pago como medio extintivo natural o idóneo de las obligaciones 1034
   - 2.3. El alcance de la acepción «pago» 1036
   - 2.4. Requisitos del pago 1039
     - 2.4.1. Preexistencia de una obligación 1039
     - 2.4.2. Que la prestación se efectúe con *animus solvendi* 1039
     - 2.4.3. Que se pague aquello que se debe 1041
     - 2.4.4. Que se pague íntegramente lo debido 1042
   - 2.5. La naturaleza jurídica del pago 1044

INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1221 1048
2. Análisis 1049

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PAGO REALIZADO POR TERCERO

1. Fuentes nacionales del artículo 1222 1055
2. Análisis 1057
2.1. Personas que pueden efectuar el pago 1057
2.1.1. El deudor 1057
2.1.2. Un tercero que tenga interés directo en el cumplimiento de la prestación 1058
2.1.3. Un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que carezca de interés 1061
2.1.3.1. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor 1065
2.1.3.2. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y con la negativa del acreedor 1066
2.1.3.3. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor 1066
2.1.3.4. Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor 1066
2.1.3.5. Pago efectuado por un tercero interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor 1066
2.1.3.6. Pago efectuado por un tercero interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor 1067
2.1.3.7. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor 1067
2.1.3.8. Pago efectuado por un tercero no interesado con el asentimiento del deudor y la negativa del acreedor 1067
2.1.3.9. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor 1067
2.1.3.10. Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor 1067
2.1.3.11. Pago efectuado por un tercero no interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor 1068
2.1.3.12. Pago efectuado por un tercero no interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor 1068
2.1.4. Supuestos de excepción 1069
2.1.4.1. Si el contrato lo impide 1069
2.1.4.2. Si la naturaleza de la obligación lo impide 1069

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

APTITUD LEGAL PARA EFECTUAR EL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1223 1071
2. Análisis 1072
2.1. Si se trata de un bien mueble no registrable (o registrable pero no registrado) 1075
2.2. Si se trata de un bien mueble registrado 1076
2.3. Si se trata de un bien inmueble 1076

PERSONAS A QUIENES SE PUEDE EFECTUAR EL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1224 1078
2. Análisis 1079
2.1. Personas a quienes se puede efectuar el pago 1079
2.1.1. Pago hecho al acreedor 1081
2.1.2. Pago hecho al designado por el juez 1081
2.1.3. Pago hecho al designado por la ley 1081
2.1.4. Pago hecho al designado por el acreedor 1081
2.1.5. Pago hecho a persona no autorizada 1082
2.1.5.1. Que el acreedor ratifique el pago 1082
2.1.5.2. Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él 1084
2.1.5.3. Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él 1085

PAGO EFECTUADO A PERSONA QUE GOZA VEROSÍMILMENTE DE LA CALIDAD DE ACREEDOR. PRESUNCIONES

1. Fuentes nacionales del artículo 1225 1087
2. Análisis 1088

PRESUNCIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA COBRAR

1. Fuentes nacionales del artículo 1226 1095
2. Análisis 1096

PAGO EFECTUADO A INCAPACES

1. Fuentes nacionales del artículo 1227 1101
2. Análisis 1102

INEFICACIA DEL PAGO QUE EFECTÚA EL DEUDOR DESPUÉS DE NOTIFICADO PARA NO VERIFICARLO

1. Fuentes nacionales del artículo 1228 1106
2. Análisis 1107

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PRUEBA DEL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1229 1110
2. Análisis 1111

RETENCIÓN DEL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1230 1116
2. Análisis 1117

PRESUNCIÓN DE PAGO TOTAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1231 1122
2. Análisis 1123

PRESUNCIÓN DE PAGO DE INTERESES

1. Fuentes nacionales del artículo 1232 1128
2. Análisis 1129

PAGO CON TÍTULOS VALORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1233 1131
2. Análisis 1132

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO

1. El nominalismo 1147
2. El valorismo 1155
3. El devenir histórico del tema en el Perú 1159

NOMINALISMO

1. Fuentes nacionales del artículo 1234 1167
2. Análisis 1169

CLÁUSULAS VALORISTAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1235 1173
2. Análisis 1175
   2.1. Generalidades 1175
   2.2. Tipos de cláusulas 1176
      2.2.1. Cláusula oro u otros metales nobles 1176
      2.2.2. Cláusula mercadería 1177
      2.2.3. Cláusulas monetaristas 1178
      2.2.4. Cláusulas de escala móvil 1179
      2.2.5. Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas 1179
      2.2.6. Cláusulas de indexación 1179
      2.2.7. Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste 1180

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.8. Cláusulas de revisión periódica 1180
2.2.9. Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia 1180
2.2.9.1. Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú .. 1181
2.2.9.1.1. El sistema de ajuste de deudas en el sector financiero 1185
2.2.9.1.2. El sistema de ajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero 1187
2.2.9.2. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda 1189
2.2.9.3. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia el valor de una determinada mercancía 1192
2.3. ¿Deuda de dinero o deuda de valor? 1192
2.4. La cláusula valor oro y sus especiales consideraciones históricas 1193
2.5. Las cláusulas valoristas y su relación con los intereses 1199
2.6. Apreciación del medio jurídico peruano en torno a la regla nominalista y a las excepciones valoristas 1200

OBLIGACIONES DE VALOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1236 1203
2. Análisis 1203
2.1. Valorización del inventario de bienes del ausente 1208
2.2. Supuesto de pérdida del derecho a utilizar el plazo 1208
2.3. Cumplimiento del cargo 1208
2.4. Falta de contribución de uno de los cónyuges al sostenimiento del hogar 1208
2.5. Supuesto de reembolso de valor del suelo 1208
2.6. Inventario de los bienes al fenecer la sociedad 1209
2.7. Supuesto de reintegro de valor de la casa familiar, en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales 1209
2.8. Reintegro de valor en caso de enajenación de bienes hereditarios 1209
2.9. Caso en que los gananciales fuesen de menor valor que la casa familiar 1209
2.10. Facultades del cónyuge supérstite con respecto a la casa familiar 1210
2.11. Legados que excedan la parte disponible de la herencia 1210
2.12. Ausencia de sucesores testamentarios o legales 1210
2.13. Colación de bienes 1210
2.14. Colación en especie 1210
2.15. Supuesto de liberalidad consistente en dinero o valores 1211

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.16. Discrepancia sobre el valor de los bienes colacionables 1211
2.17. Imposibilidad de adjudicar en especie los bienes a los herederos 1211
2.18. Indemnización en bienes adjudicados 1211
2.19. Obligación del poseedor de mala fe 1211
2.20. Restitución del valor de las mejoras 1211
2.21. El caso de la expropiación 1211
2.22. Objeto hecho con materia ajena 1212
2.23. Edificación de buena fe en terreno ajeno 1212
2.24. Edificación en terreno ajeno, habiendo obrado de mala fe el propietario del terreno 1212
2.25. Edificación de mala fe en terreno ajeno 1212
2.26. Supuesto de invasión de propiedad vecina con edificación 1212
2.27. Edificación o siembra con materiales ajenos o plantas o semillas ajenas 1213
2.28. Inseminación con elementos reproductivos ajenos 1213
2.29. Decisiones en caso de copropiedad 1213
2.30. Partición convencional en caso de copropietario incapaz 1213
2.31. Pared medianera levantada en uno de los predios 1214
2.32. Usufructo y expropiación 1214
2.33. Derecho de superficie 1214
2.34. Supuesto de onerosidad de la servidumbre 1214
2.35. Formalidades de la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos trasmisibles por endoso 1214
2.36. Prohibición de pacto comisorio 1214
2.37. Principio de identidad en el pago 1214
2.38. Teoría del riesgo en caso de pérdida del bien por culpa del acreedor.. 1215
2.39. Pérdida del bien en caso de obligación nacida de delito o falta 1215
2.40. Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del acreedor 1215
2.41. Consolidación en caso de obligaciones indivisibles 1215
2.42. Novación, compensación, condonación, consolidación o transacción entre el deudor y uno de los acreedores de obligación indivisible 1215
2.43. Daños y perjuicios en obligación indivisible 1216
2.44. Daños y perjuicios en obligación solidaria 1216
2.45. Cláusulas valoristas 1216
2.46. Obligaciones de valor 1216
2.47. Intereses en obligaciones no pecuniarias 1216
2.48. Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores 1217
2.49. Pago indebido aceptado de mala fe 1217
2.50. Aplicación supletoria de las normas de pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer 1217
2.51. Imposibilidad de probar el monto de los daños y perjuicios 1217

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.52. Efectos de la resolución contractual 1217
2.53. Momento de apreciación de la desproporción entre las prestaciones, en caso de lesión 1217
2.54. Supuesto de fenecimiento del proceso de lesión 1218
2.55. Reconvención del reajuste de valor en la lesión 1218
2.56. Supuesto de imposibilidad de ejercitar la acción por lesión 1218
2.57. Obligación del transferente frente al adquirente 1218
2.58. Derechos del adquirente frente al transferente 1218
2.59. Reembolso del valor de mejoras en el saneamiento por evicción 1218
2.60. Supuesto de evicción parcial 1218
2.61. Evicción en transferencia de bienes en conjunto 1219
2.62. Saneamiento por vicios ocultos 1219
2.63. Saneamiento por vicios ocultos en la venta de bienes en conjunto 1219
2.64. Saneamiento por cargas, limitaciones o gravámenes ocultos 1219
2.65. Obligación del transferente con respecto al adquirente 1219
2.66. Saneamiento por hecho propio del transferente 1219
2.67. Precio mixto 1220
2.68. Limitaciones al pacto de retroventa 1220
2.69. Potenciales retrayentes 1220
2.70. Donación de bienes muebles de escaso valor 1220
2.71. Donación de bienes muebles de relativo valor 1220
2.72. Donación de bienes inmuebles 1220
2.73. Donación inoficiosa 1221
2.74. Invalidación de la donación en casos de supervivencia o sobreviniencia de hijos 1221
2.75. Excepción a la invalidación de pleno derecho de la donación en que sobreviva un hijo del donante 1221
2.76. Invalidación de donaciones con cargo 1221
2.77. Mutuo entre cónyuges 1221
2.78. Excepciones a las formalidades del mutuo de incapaces o ausentes 1221
2.79. Imposibilidad de devolver el bien mutuado 1222
2.80. Obligación de devolver valor en caso de bienes avaluados previamente. 1222
2.81. Destrucción de bien arrendado, que había sido asegurado 1222
2.82. Destrucción del bien y pluralidad de arrendatarios 1222
2.83. Obligación del hospedante en cuanto a custodia de bienes 1222
2.84. Reembolso del valor del bien dado en comodato 1222
2.85. Enajenación del bien por los herederos del comodatario 1223
2.86. Imposibilidad de devolver el bien dado en comodato 1223
2.87. Reaparición del bien dado en comodato 1223
2.88. Contrato de obra por pieza o medida 1223
2.89. Acciones por depósito hecho a incapaz 1223

ESTUDIO MANO CASTILLO FREYRE

2.90. Obligación de depositarios de títulos valores 1224
2.91. Enajenación del bien por el heredero del depositario 1224
2.92. Cláusula de reajuste de valor en la renta vitalicia 1224

DEUDA CONTRAÍDA EN MONEDA EXTRANJERA

1. Fuentes nacionales del artículo 1237 1225
2. Análisis 1226

LUGAR DE PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1238 1235
2. Análisis 1236

CAMBIO DE DOMICILIO DE LAS PARTES

1. Fuentes nacionales del artículo 1239 1243
2. Análisis 1244

PLAZO PARA EL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1240 1249
2. Análisis 1250

GASTOS DEL PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1241 1255
2. Análisis 1255

Capítulo Segundo
Pago de intereses

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL PAGO DE INTERESES

1. Cuestiones preliminares 1259
2. Evolución histórica del pago de intereses 1260
3. Naturaleza de los intereses 1263
4. Definición de la obligación de dar intereses 1265
5. Caracteres de la deuda de intereses 1269
5.1. Accesoriedad 1269
5.2. Deuda dineraria, por regla general. Deuda de valor, por excepción 1270
6. Diferencia con otras figuras 1271
6.1. Los dividendos o participación en las ganancias 1271
6.2. Las cuotas de amortización 1272
6.3. El reajuste de deudas 1272
6.4. Las comisiones 1272

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7. Clasificación 1273
7.1. Según su fuente 1273
7.2. Según su función 1274
7.3. Según se paguen o capitalicen a su vencimiento 1275
7.4. Según se apliquen sobre un capital actualizado o no 1276
7.5. Según la forma de cálculo del interés sobre una operación amortizable en cuotas 1276
8. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses 1276
8.1. Por renuncia del acreedor a cobrarlos 1277
8.2. Por pacto adelantado de las partes 1277
8.3. Por los medios de extinción de las obligaciones 1278
8.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses 1278
8.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses 1278
9. Tasas de interés 1279
9.1. Definición 1279
9.2. Clases 1280
9.2.1. Tasas máximas 1280
9.2.2. Tasas referenciales 1280
9.2.3. Tasas preferenciales 1281
9.2.4. Tasas en moneda nacional y moneda extranjera 1281
9.2.5. Tasa nominal 1282
9.2.6. Tasa de interés real 1282
9.2.7. Tasa de interés efectiva 1283
9.2.8. Tasa de interés al rebatir 1283
9.2.9. Tasa de interés proporcional 1283
9.2.10. Tasa de interés equivalente 1283
9.2.11. Tasa de interés fija 1283
9.2.12. Tasa de interés flotante 1284
9.3. Importancia económica y jurídica 1284
9.3.1. Incidencia del interés en un proceso de crecimiento económico 1285
9.3.2. Efecto inflacionario o antiinflacionario 1286

INTERÉS COMPENSATORIO Y MORATORIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1242 1288
2. Análisis 1289

TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS CONVENCIONAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1243 1311
2. Análisis 1312
2.1. Para el interés convencional compensatorio 1314
2.1.1. En moneda nacional 1314

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.1.1. Para operaciones no sujetas al SRD 1314
2.1.1.2. Para operaciones sujetas al SRD 1314
2.1.2. En moneda extranjera 1314
2.2. Para el interés convencional moratorio 1314
2.2.1. En moneda nacional 1315
2.2.2. En moneda extranjera (dólares de los Estados Unidos de América) 1315
2.3. Los intereses usurarios 1316

TASA DE INTERÉS LEGAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1244 1321
2. Análisis 1322

PAGO DE INTERÉS LEGAL A FALTA DE PACTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1245 1325
2. Análisis 1326

PAGO DEL INTERÉS POR MORA

1. Fuentes nacionales del artículo 1246 1333
2. Análisis 1334

INTERESES EN OBLIGACIONES NO PECUNIARIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1247 1339
2. Análisis 1339

INTERESES EN OBLIGACIONES CONSISTENTES EN TÍTULOS VALORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1248 1343
2. Análisis 1343

LIMITACIÓN AL ANATOCISMO

1. Fuentes nacionales del artículo 1249 1348
2. Análisis 1348

VALIDEZ DEL CONVENIO DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

1. Fuentes nacionales del artículo 1250 1360
2. Análisis 1361

ESTUDIO MARCO CASTILLO FREYRE

7. Clasificación 1273
7.1. Según su fuente 1273
7.2. Según su función 1274
7.3. Según se paguen o capitalicen a su vencimiento 1275
7.4. Según se apliquen sobre un capital actualizado o no 1276
7.5. Según la forma de cálculo del interés sobre una operación amortizable en cuotas 1276
8. Nacimiento y extinción de la obligación de dar intereses 1276
8.1. Por renuncia del acreedor a cobrarlos 1277
8.2. Por pacto adelantado de las partes 1277
8.3. Por los medios de extinción de las obligaciones 1278
8.4. Por entrega de recibo sin reserva sobre los intereses 1278
8.5. Por prescripción de la acción de cobro de intereses 1278
9. Tasas de interés 1279
9.1. Definición 1279
9.2. Clases 1280
9.2.1. Tasas máximas 1280
9.2.2. Tasas referenciales 1280
9.2.3. Tasas preferenciales 1281
9.2.4. Tasas en moneda nacional y moneda extranjera 1281
9.2.5. Tasa nominal 1282
9.2.6. Tasa de interés real 1282
9.2.7. Tasa de interés efectiva 1283
9.2.8. Tasa de interés al rebatir 1283
9.2.9. Tasa de interés proporcional 1283
9.2.10. Tasa de interés equivalente 1283
9.2.11. Tasa de interés fija 1283
9.2.12. Tasa de interés flotante 1284
9.3. Importancia económica y jurídica 1284
9.3.1. Incidencia del interés en un proceso de crecimiento económico 1285
9.3.2. Efecto inflacionario o antiinflacionario 1286

INTERÉS COMPENSATORIO Y MORATORIO

1. Fuentes nacionales del artículo 1242 1288
2. Análisis 1289

TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS CONVENCIONAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1243 1311
2. Análisis 1312
2.1. Para el interés convencional compensatorio 1314
2.1.1. En moneda nacional 1314

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.1.1. Para operaciones no sujetas al SRD 1314
2.1.1.2. Para operaciones sujetas al SRD 1314
2.1.2. En moneda extranjera 1314
2.2. Para el interés convencional moratorio 1314
2.2.1. En moneda nacional 1315
2.2.2. En moneda extranjera (dólares de los Estados Unidos de América) 1315
2.3. Los intereses usurarios 1316

TASA DE INTERÉS LEGAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1244 1321
2. Análisis 1322

PAGO DE INTERÉS LEGAL A FALTA DE PACTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1245 1325
2. Análisis 1326

PAGO DEL INTERÉS POR MORA

1. Fuentes nacionales del artículo 1246 1333
2. Análisis 1334

INTERESES EN OBLIGACIONES NO PECUNIARIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1247 1339
2. Análisis 1339

INTERESES EN OBLIGACIONES CONSISTENTES EN TÍTULOS VALORES

1. Fuentes nacionales del artículo 1248 1343
2. Análisis 1343

LIMITACIÓN AL ANATOCISMO

1. Fuentes nacionales del artículo 1249 1348
2. Análisis 1348

VALIDEZ DEL CONVENIO DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

1. Fuentes nacionales del artículo 1250 1360
2. Análisis 1361

ESTUDIO VARGAS CASTILLO FREYRE

Capítulo tercero
Pago por consignación

CONSIDERACIONES GENERALES. REQUISITOS DE LA CONSIGNACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1251 1369
2. Análisis 1371
   - 2.1. Concepto 1371
   - 2.2. Requisitos 1375
     - 2.2.1. Existencia de una obligación 1375
     - 2.2.2. Voluntad de pago por parte del deudor 1377
     - 2.2.3. Imposibilidad de efectuar un pago directo 1378
       - 2.2.3.1. Negativa del acreedor a otorgar recibo 1380
       - 2.2.3.2. Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago 1381
       - 2.2.3.3. Negativa del deudor a la remisión de la deuda 1382
       - 2.2.3.4. Incapacidad del acreedor para recibir el pago 1383
       - 2.2.3.5. Ausencia del acreedor 1383
       - 2.2.3.6. Incertidumbre en el derecho del acreedor 1385
       - 2.2.3.7. Desconocimiento de la persona del acreedor 1386
       - 2.2.3.8. Tratándose de un crédito embargado 1387
       - 2.2.3.9. Tratándose de una deuda pignorada 1387
       - 2.2.3.10. Redención de hipotecas 1388
   - 2.3. Características 1388
     - 2.3.1. Es una forma excepcional de pago 1389
     - 2.3.2. Es una facultad del deudor 1389
     - 2.3.3. Deben estar presentes los principios de identidad e integridad en el pago 1390
     - 2.3.4. Se trata de un proceso judicial 1390
   - 2.4. Actual normativa procesal sobre el pago por consignación 1392
   - 2.5. Personas con derecho a efectuar el pago por consignación 1392
   - 2.6. Momento en que debe efectuarse la consignación 1394
   - 2.7. Efectos prácticos del pago por consignación 1394
     - 2.7.1. Coloca al acreedor bajo una compulsión legal 1394
     - 2.7.2. Detiene el devengamiento de los intereses 1394
     - 2.7.3. Coloca los riesgos de pérdida del bien depositado a cargo del acreedor 1395
     - 2.7.4. Extinción de la mora debitoria 1396
   - 2.8. Análisis del nuevo texto del artículo 1251 del Código Civil 1398

CLASES DE OFRECIMIENTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1252 1400
2. Análisis 1402

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. El texto original del artículo 1252 del Código Civil de 1984 1402
2.1.1. Con citación del acreedor 1403
2.1.2. En la persona que la ley o el juez designen 1403
2.1.3. Extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito ... 1403
2.2. Análisis del nuevo texto del artículo 1252 1404
2.2.1. Clases de ofrecimiento 1405
2.2.1.1. Ofrecimiento judicial 1405
2.2.1.1.1. Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor 1405
2.2.1.1.2. Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago 1405
2.2.1.1.3. Cuando por causa que no sea imputable al deudor, éste estuviera impedido de cumplir la prestación prevista 1406
2.2.1.1.4. Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete 1407
2.2.1.1.5. Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto 1407
2.2.1.1.6. Cuando se ignore el domicilio del acreedor 1408
2.2.1.1.7. Cuando el acreedor se encuentre ausente. 1410
2.2.1.1.8. Cuando el acreedor fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado 1411
2.2.1.1.9. Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores 1411
2.2.1.1.10. Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido 1412
2.2.1.2. Ofrecimiento extrajudicial 1412
2.2.1.2.1. De la manera que estuviera pactada la obligación 1413
2.2.1.2.2. En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado 1413

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1.2.3. En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale 1414

OFRECIMIENTO JUDICIAL DE PAGO, CONSIGNACIÓN Y OPOSICIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1253 1415
2. Análisis 1416
2.1. El texto original del artículo 1253 del Código Civil 1416
2.2. El nuevo texto del artículo 1253 1419
2.2.1. Si se trata de un ofrecimiento judicial 1420
2.2.2. Si se trata de la oposición a un ofrecimiento extrajudicial 1420

MOMENTO EN QUE SURTE EFECTOS LA CONSIGNACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1254 1422
2. Análisis 1423
2.1. El texto original del artículo 1254 del Código Civil 1423
2.2. El nuevo texto del artículo 1254 1426
2.2.1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento 1427
2.2.2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada 1428

DESISTIMIENTO DEL OFRECIMIENTO DE PAGO

1. Fuentes nacionales del artículo 1255 1430
2. Análisis 1431
2.1. El texto original del artículo 1255 del Código Civil 1431
2.1.1. Cuando el acreedor no la haya aceptado 1431
2.1.2. Cuando el supuesto acreedor haya impugnado la consignación efectuada, y todavía no haya sido desestimada dicha impugnación por resolución con autoridad de cosa juzgada 1432
2.2. El nuevo texto del artículo 1255 1434
2.2.1. El texto original de la norma se refería al retiro de la consignación por quien la había efectuado, sin entrar en más detalles 1434
2.2.2. El nuevo texto trata acerca de la posibilidad de que el deudor se desista del pago ofrecido y, en su caso, retire el depósito efectuado 1435

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.3. Originalmente el Código Civil de 1984 establecía, en su inciso 1, el término «su aceptación»; en cambio, el nuevo texto utiliza la expresión «la aceptación» 1435
2.2.4. En lo que respecta al inciso 2 del artículo 1255 del Código Civil, debemos afirmar que en la práctica resulta indiferente hablar de «impugnación» o de «oposición» a la consignación efectuada, ya que ambos términos tienen la misma connotación 1436

Capítulo cuarto
Imputación del pago

IMPUTACIÓN DEL PAGO POR PARTE DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1256 1437
2. Análisis 1439

ORDEN DE LA IMPUTACIÓN CONVENCIONAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1257 1448
2. Análisis 1449
2.1. Capital 1450
2.2. Gastos 1450
2.3. Intereses 1450

IMPUTACIÓN EFECTUADA POR EL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1258 1454
2. Análisis 1455

IMPUTACIÓN LEGAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1259 1459
2. Análisis 1461

Capítulo quinto
Pago con subrogación

SUBROGACIÓN LEGAL O DE PLENO DERECHO

1. Fuentes nacionales del artículo 1260 1467
2. Análisis 1469
2.1. Concepto 1470
2.2. Caracteres 1471
2.3. Naturaleza jurídica 1474

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4. Diferencias y semejanzas con la novación subjetiva por cambio de acreedor 1481
2.4.1. Diferencias 1481
2.4.2. Semejanzas 1482
2.5. Subrogación personal y subrogación real 1483
2.5.1. Supuestos de subrogación personal contemplados por el Código Civil peruano 1484
2.5.1.1. Subrogación del usufructuario 1484
2.5.1.2. Derecho de retracto. Concepto 1484
2.5.1.3. Efectos de la invalidación del contrato de donación .. 1485
2.5.1.4. Responsabilidad del arrendatario por pérdida o deterioro de bien asegurado 1486
2.5.1.5. Subrogación del fiador que paga la deuda 1487
2.5.1.6. Derecho de subrogación del fiador de codeudores solidarios 1487
2.5.1.7. Derecho de subrogación del fiador en caso de pago anticipado 1488
2.5.1.8. Supuestos en los cuales el fiador puede accionar contra el deudor antes del pago 1488
2.5.1.9. Supuesto de liberación del fiador en caso de imposibilidad de subrogación 1488
2.6. Diferencias entre las acciones de subrogación y repetición 1489
2.6.1. Actos conservatorios durante la pendencia de una condición.. 1489
2.6.2. Derecho de repetición por pago efectuado antes del vencimiento del plazo 1491
2.6.3. Supuesto de repetición del pago hecho a un incapaz 1492
2.6.4. Concurrencia de obligados y prorrateo de obligación alimentaria 1492
2.6.5. Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios 1493
2.6.6. Renuncia a la prescripción por un codeudor solidario o en favor de un coacreedor solidario 1493
2.6.7. Imposibilidad de repetición de lo pagado 1493
2.6.8. Supuesto de improcedencia de la acción del fiador contra el deudor 1495
2.6.9. Juego y apuesta no autorizados. Acciones. Efectos 1495
2.6.10. Responsabilidad civil solidaria derivada de pluralidad de sujetos activos 1496
2.7. Persona que efectúa el pago que da lugar a la subrogación 1496
2.8. Utilidad práctica del pago con subrogación 1498
2.8.1. Con relación a quien efectúa el pago 1499
2.8.2. Con relación al acreedor que recibe el pago 1500
2.8.3. Con relación al deudor 1501
2.8.4. Con relación a los garantes 1503
2.8.5. Con relación a la sociedad en general 1503
2.9. Modalidades del pago con subrogación 1503

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1261 1505
2. Análisis 1508
2.1. La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos 1508
2.2. La subrogación convencional tiene lugar cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor 1510
2.3. La subrogación convencional tiene lugar cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago 1512

EFECTOS DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1262 1515
2. Análisis 1517

NATURALEZA DEL COBRO EN LA RELACIÓN INTERNA

1. Fuentes nacionales del artículo 1263 1520
2. Análisis 1522

SUBROGACIÓN PARCIAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1264 1523
2. Análisis 1524

CAPÍTULO SEXTO
DACIÓN EN PAGO

CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1265 1529
2. Análisis 1530
2.1. Concepto 1530
2.2. Requisitos 1532
2.2.1. Preexistencia de una obligación válida 1533
2.2.2. Cumplimiento con una prestación distinta al objeto de la deuda 1535
2.2.3. Consentimiento 1538
2.3. Naturaleza jurídica 1541
2.3.1. La dación en pago como forma o modalidad de pago 1541

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.2. La dación en pago equivale a una compraventa 1545
2.3.3. La dación en pago entraña una operación compleja 1546
2.3.4. La dación en pago entraña una convención liberatoria 1547
2.3.5. La dación en pago es un acto jurídico bilateral 1548
2.3.6. La dación en pago importa novación 1548
2.3.6.1. Supuestas diferencias existentes entre la dación en pago y la novación objetiva 1554
2.3.6.1.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria 1554
2.3.6.1.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto 1554
2.3.6.1.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente 1555
2.3.6.1.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios 1555
2.3.6.1.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros 1556
2.3.6.1.6. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple 1556
2.3.6.1.7. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición suspensiva 1557
2.3.6.1.8. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición resolutoria, siendo la obligación original una pura y simple 1557
2.3.6.1.9. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición resolutoria 1557
2.3.6.1.10. Sobre la nulidad de la obligación original 1558
2.3.6.1.11. Sobre el carácter anulable de la obligación original 1558
2.3.6.1.12. Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva 1558
2.4. Efectos de la dación en pago 1558
2.4.1. Sobre las garantías de la obligación 1558
2.4.2. Sobre las obligaciones de saneamiento 1559
2.4.3. Sobre la teoría del riesgo 1561
2.4.4. Sobre el reconocimiento de las obligaciones 1561
2.4.5. Sobre la cesión de derechos 1561
2.4.6. Sobre los efectos generales de las obligaciones 1562
2.4.7. Sobre el pago en general 1562
2.4.8. Sobre el pago de intereses 1562

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.9. Sobre el pago por consignación 1562
2.4.10. Sobre la imputación del pago 1562
2.4.11. Sobre el pago con subrogación 1562
2.4.12. Sobre el pago indebido 1562
2.4.13. Sobre la novación 1563
2.4.14. Sobre la compensación 1563
2.4.15. Sobre la condonación 1563
2.4.16. Sobre la consolidación 1563
2.4.17. Sobre la transacción 1563
2.4.18. Sobre el mutuo disenso 1563
2.4.19. Sobre las disposiciones generales de inejecución de obligaciones 1564
2.4.20. Sobre la mora 1564
2.4.21. Sobre la cláusula penal 1564
2.5. Consideraciones finales 1564

APARENTE SUPUESTO EN QUE LA DACIÓN EN PAGO SE REGULA POR LAS NORMAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. Fuentes nacionales del artículo 1266 1567
2. Análisis 1568

CAPÍTULO SÉPTIMO
PAGO INDEBIDO

CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1267 1575
2. Análisis 1576
2.1. Concepto 1576
2.2. Requisitos del pago indebido 1583
2.2.1. El pago no debe ser debido 1583
2.2.2. El pago debe haberse efectuado por error 1584
2.2.2.1. La teoría del error como vicio de la voluntad sería la única aplicable, en estricto, al pago indebido 1588
2.2.2.2. La teoría del error como vicio de la voluntad no sería la única aplicable al pago indebido 1589
2.3. Supuestos de pago indebido en el régimen legal peruano 1591
2.3.1. El doble pago 1592
2.3.2. El pago en demasía 1592
2.3.3. El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente 1592
2.3.4. El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo 1592
2.3.5. El pago con prestación distinta a la debida 1595
2.3.6. El pago sin causa 1595
2.3.7. Otros supuestos de pago indebido 1596

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE BUENA FE

1. Fuentes nacionales del artículo 1268 1599
2. Análisis 1600

PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE MALA FE

1. Fuentes nacionales del artículo 1269 1608
2. Análisis 1610
2.1. Efectos 1610

ENAJENACIÓN DEL BIEN RECIBIDO COMO PAGO INDEBIDO DE MALA FE

1. Fuentes nacionales del artículo 1270 1613
2. Análisis 1614
2.1. Supuestos 1615

RESTITUCIÓN DE INTERESES O FRUTOS POR PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE BUENA FE

1. Fuentes nacionales del artículo 1271 1619
2. Análisis 1620

SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DEL BIEN POR QUIEN ACEPTA UN PAGO INDEBIDO DE BUENA FE

1. Fuentes nacionales del artículo 1272 1623
2. Análisis 1624

CARGA DE LA PRUEBA DEL PAGO INDEBIDO

1. Fuentes nacionales del artículo 1273 1628
2. Análisis 1630

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR PAGO INDEBIDO

1. Fuentes nacionales del artículo 1274 1633
2. Análisis 1634

SUPUESTOS EN LOS QUE EL DEUDOR NO TIENE ACCIÓN DE REPETICIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1275 1642
2. Análisis 1644
2.1. Pago de una deuda prescrita 1644
2.2. Pago para cumplir deberes morales o de solidaridad social 1645
2.3. Pago para obtener un fin ilícito o inmoral 1645

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

REGLAS DE PAGO INDEBIDO PARA OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER

1. Fuentes nacionales del artículo 1276 1649
2. Análisis 1650

TÍTULO III
NOVACIÓN

CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1277 1653
2. Análisis 1655
2.1. Concepto 1655
2.2. Naturaleza jurídica 1660
2.3. Requisitos 1661
2.3.1. Preexistencia de una obligación válida 1662
2.3.2. Creación de una nueva obligación 1662
2.3.3. *Animus novandi* o voluntad de novar 1664
2.4. Formalidades 1667
2.5. Efectos 1673
2.5.1. Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva 1673
2.5.1.1. Novación de obligación indivisible 1676
2.5.1.2. Novación de obligación solidaria 1676
2.5.2. Sobre el destino de las garantías de la obligación novada 1677
2.5.3. Sobre los accesorios de la obligación novada 1680
2.5.4. Sobre las obligaciones de saneamiento 1682
2.5.5. Sobre la teoría del riesgo 1682
2.5.6. Sobre el reconocimiento de las obligaciones 1682
2.5.7. Sobre la cesión de derechos 1682
2.5.8. Sobre los efectos generales de las obligaciones 1683
2.5.9. Sobre el pago y sus diversas formas 1683
2.5.10. Sobre otros medios extintivos de obligaciones 1683
2.6. Novación legal 1683
2.6.1. Consideraciones generales 1683
2.6.2. Clases de novación legal 1686
2.6.2.1. Novación legal que opera de pleno derecho 1686
2.6.2.1.1. Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral 1686
2.6.2.1.2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo 1687
2.6.2.1.3. Derecho de acrecer del colegatario 1687

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6.2.1.4. Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias 1688
2.6.2.1.5. Efectos de la insolvencia de un codeudor 1688
2.6.2.1.6. Pago con títulos valores 1689
2.6.2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias 1689
2.6.2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe 1689
2.6.2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible 1690
2.6.2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores 1690
2.6.2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual 1691
2.6.2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato 1691
2.6.2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha 1691
2.6.2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento 1693
2.6.2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado por parte de los herederos del comodatario 1694
2.6.2.1.16. Supuesto de depósito irregular 1694
2.6.2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia 1694
2.6.2.1.18. Prescripción extintiva 1695
2.6.2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial 1696
2.6.2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación 1696
2.6.2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita 1696
2.6.2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges 1697

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6.2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos 1697
2.6.2.2.5. Adopción 1697
2.6.2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia 1697
2.6.2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder 1698
2.6.2.2.8. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado 1698
2.6.2.2.9. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor 1698
2.6.2.2.10. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad 1699
2.6.2.2.11. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz 1700
2.7. Diferencias y semejanzas entre la novación y otras instituciones jurídicas 1700
2.7.1. Con la cesión de derechos 1700
2.7.1.1. Diferencias 1700
2.7.1.2. Semejanzas 1702
2.7.2. Con la cesión de posición contractual 1702
2.7.2.1. Diferencias 1702
2.7.2.2. Semejanzas 1703
2.7.3. Con el pago con subrogación 1703
2.7.3.1. Diferencias 1703
2.7.3.2. Semejanzas 1703
2.7.4. Con la confirmación del acto jurídico 1704
2.7.4.1. Diferencias 1704
2.7.4.2. Semejanza 1704
2.7.5. Con el reconocimiento de las obligaciones 1704
2.7.5.1. Diferencias 1704
2.7.6. Con la transacción 1705
2.7.6.1. Diferencias 1705
2.7.6.2. Semejanza 1705
2.7.7. Con el mutuo disenso 1705
2.7.7.1. Diferencias 1705
2.7.7.2. Semejanza 1706

NOVACIÓN OBJETIVA

1. Fuentes nacionales del artículo 1278 1707
2. Análisis 1708
2.1. Naturaleza de la novación objetiva 1708
2.2. Clases de novación objetiva 1709

ESTUDIO PARRA CASTILLO ENEYRE

2.2.1. Novación objetiva por cambio de prestación 1709
2.2.2. Novación objetiva por cambio de título o causa fuente 1713

ACTOS QUE NO CONSTITUYEN NOVACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1279 1715
2. Análisis 1716
2.1. La emisión de títulos valores 1716
2.2. La renovación de títulos valores 1717
2.3. La modificación de un plazo 1717
2.4. La modificación del lugar del pago 1720
2.5. Cualquier otro cambio accesorio 1721
2.5.1. Aumento en el monto de la prestación pactada 1722
2.5.2. Reducción del monto original de la prestación 1722
2.5.3. Variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda 1723
2.5.4. Cambio en la formalidad del acto celebrado 1726
2.5.5. Aumento, reducción o supresión de la tasa de interés 1727
2.5.6. Inclusión de un cargo a una obligación pura y simple o supresión del cargo originalmente estipulado en la obligación 1728
2.5.7. Adición o supresión de una cláusula penal 1728
2.5.8. Adición o supresión de las garantías 1729
2.5.9. La *litis contestatio* 1729
2.5.10. Variaciones en la obligación en virtud de una resolución judicial 1730
2.5.11. Sustitución del carácter civil de la obligación por uno comercial y viceversa 1731
2.5.12. Modificaciones en el modo de ejecución de la prestación 1732
2.5.13. Inclusión de una deuda en una cuenta corriente 1733
2.5.14. Otros casos 1733

NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1280 1741
2. Análisis 1742
2.1. La novación subjetiva 1742
2.2. Clases de novación subjetiva 1743
2.2.1. La novación subjetiva por cambio de acreedor 1743
2.2.2. La novación subjetiva por cambio de deudor 1749

NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE DELEGACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1281 1750
2. Análisis 1752
2.1. La novación subjetiva por cambio de deudor 1752
2.2. Clases 1752

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación 1753
2.2.2. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión 1761

NOVACIÓN POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE EXPROMISIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1282 1762
2. Análisis 1763
2.1. Breve recuento histórico 1763
2.2. Concepto 1763
2.3. Necesaria presencia del *animus novandi* 1765
2.4. Casos usuales de novación por expromisión 1766
2.5. La iniciativa en la novación por expromisión 1767
2.6. De los derechos y obligaciones del antiguo deudor (exprometido) y del nuevo deudor (expromisario) 1768
2.7. La novación por expromisión y la asunción o cesión de deudas 1775
2.7.1. La asunción de deuda 1775
2.7.2. La asunción de deuda en el Derecho peruano 1779
2.7.3. La conveniencia o no de legislar en el Perú acerca de la asunción de deuda 1780
2.7.4. La posibilidad de ceder deudas en el Derecho peruano 1785
2.8. Diferencias entre la asunción de deuda y otras figuras 1787
2.9. La novación subjetiva por adpromisión 1789
2.9.1. La novación subjetiva por adpromisión como un supuesto de expromisión simple o acumulativa 1790
2.9.2. La adpromisión como un supuesto de novación subjetiva 1791

INTRANSMISIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS A LA NUEVA OBLIGACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1283 1792
2. Análisis 1795
2.1. El principio general 1795
2.2. Estudio de los diferentes supuestos de novación y la extinción de las garantías 1796
2.2.1. Novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor 1796
2.2.2. Novación objetiva con garantía real otorgada por un tercero 1797
2.2.3. Novación objetiva con garantía personal otorgada por un tercero 1797
2.2.4. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por el propio deudor 1797
2.2.5. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por un tercero 1798

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.6. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía personal otorgada por un tercero 1798
2.2.7. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por el propio deudor ... 1798
2.2.8. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por un tercero..... 1798
2.2.9. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía personal otorgada por un tercero 1798
2.2.10. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por el propio deudor. 1799
2.2.11. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por un tercero 1799
2.2.12. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía personal otorgada por un tercero ... 1799
2.3. Posibilidad de pacto en contrario 1799
2.4. Modo en que debe formularse el pacto en contrario 1800
2.5. Otras consideraciones sobre el pacto en contrario 1801
2.5.1. Cuando un nuevo deudor sustituya al anterior 1801
2.5.2. Cuando las garantías no recaen sobre los bienes del deudor, sino de un tercero 1801
2.6. Supuesto de excepción en el cual el deudor primitivo y sus garantes continúan obligados 1803
2.7. El caso de los privilegios 1804

NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN SIMPLE POR OTRA SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA

1. Fuentes nacionales del artículo 1284 1806
2. Análisis 1807
2.1. Novación de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva 1807
2.2. Cuando la condición suspensiva es ilícita 1809
2.3. Cuando la condición suspensiva es física o jurídicamente imposible. 1810
2.4. Cuando la condición, a pesar de verificarse, no se considera cumplida 1810
2.5. Cuando la condición es potestativa 1810
2.6. Cuando la condición se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil) 1810
2.7. Novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple 1811

NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN Y CONDICIÓN RESOLUTORIA

1. Fuentes nacionales del artículo 1285 1813
2. Análisis 1814
2.1. Novación de obligación pura por otra sujeta a condición resolutoria.. 1814

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.1. Si se estipula conforme a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil 1815
2.1.2. Si se pacta en contrario a lo dispuesto por el artículo 1285 del Código Civil 1816
2.2. Novación de obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple 1816

NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN NULA O ANULABLE

1. Fuentes nacionales del artículo 1286 1818
2. Análisis 1819
2.1. El caso de la novación de una obligación nula 1819
2.2. El caso de la novación de una obligación anulable 1820
2.3. Eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable 1822
2.4. El caso de la novación de una obligación natural 1823

NULIDAD O ANULACIÓN DE LA NUEVA OBLIGACIÓN. CONSECUENCIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1287 1824
2. Análisis 1824
2.1. En primer lugar, el Código Civil establece que, si la nueva obligación se declarase nula, la primitiva obligación «revive» 1825
2.2. Luego, el Código Civil prescribe que, si la nueva obligación se anulase, la primitiva obligación «revive» 1826

TÍTULO IV
COMPENSACIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1288 1831
2. Análisis 1833
2.1. Conceptos generales 1833
2.2. Formas en que opera la compensación 1842
2.3. Momento en que opera la compensación 1848
2.4. Requisitos de la compensación 1849
2.4.1. Que las obligaciones sean recíprocas 1850
2.4.2. Que las obligaciones sean líquidas 1856
2.4.3. Que las obligaciones sean exigibles 1863
2.4.4. Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas 1868
2.5. Clases de compensación 1873
2.5.1. De acuerdo a si opera en virtud de la ley o de la voluntad humana, esto es, en función a su origen 1873

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5.1.1. Legal o de pleno derecho 1873
2.5.1.2. Voluntaria 1875
2.5.2. De acuerdo con los sujetos que intervienen en la compensación 1877
2.5.2.1. Compensación operada sin intervención humana 1878
2.5.2.2. Compensación operada de modo unilateral 1878
2.5.2.3. Compensación operada de modo bilateral 1878
2.5.3. De acuerdo a si opera fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral 1881
2.5.3.1. Compensación extrajudicial 1882
2.5.3.1.1. Compensación legal 1882
2.5.3.1.2. Compensación voluntaria unilateral 1882
2.5.3.1.3. Compensación voluntaria bilateral 1882
2.5.3.2. Compensación judicial 1883
2.5.3.2.1. A instancia de parte 1883
2.5.3.2.2. De oficio 1884
2.5.3.3. Compensación arbitral 1885
2.5.3.3.1. A instancia de parte 1885
2.5.3.3.2. De oficio 1886
2.5.4. De acuerdo con su magnitud 1886
2.5.4.1. Total 1886
2.5.4.2. Parcial 1887
2.6. Aspectos procesales de la compensación 1888
2.7. Efectos de la compensación 1889
2.7.1. En cuanto a la extinción de las obligaciones 1889
2.7.2. En cuanto a las garantías de las obligaciones 1890
2.7.3. En cuanto al pago de intereses 1891
2.8. La compensación en la obligación con pluralidad de objeto 1893
2.8.1. La compensación en las obligaciones conjuntivas 1893
2.8.2. La compensación en las obligaciones alternativas 1894
2.8.3. La compensación en las obligaciones facultativas 1895
2.8.4. La compensación entre obligaciones con pluralidad de objeto, que tengan carácter diferente 1895
2.9. La compensación en la obligación con pluralidad de sujeto 1896
2.9.1. La compensación en las obligaciones divisibles 1896
2.9.2. La compensación en las obligaciones mancomunadas 1896
2.9.3. La compensación en las obligaciones solidarias 1896
2.9.4. La compensación en las obligaciones indivisibles 1899
2.10. Diferencias de la compensación con otras figuras jurídicas 1900
2.10.1. Con el derecho de retención 1900
2.10.2. Con el pago propiamente dicho 1902
2.11. Supuestos de renuncia a la compensación 1904
2.11.1. Renuncia expresa 1905
2.11.2. Renuncia tácita 1906

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.12. Importancia de la compensación en el ámbito mercantil, bancario e internacional 1908
2.12.1. La cuenta corriente individual y los contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria 1909
2.12.2. Las cámaras de compensación 1913
2.12.3. Los *clearings* internacionales (acuerdos internacionales de compensación) 1917

COMPENSACIÓN BILATERAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1289 1918
2. Análisis 1919

PROHIBICIÓN DE LA COMPENSACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1290 1921
2. Análisis 1923
2.1. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado 1924
2.2. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato 1927
2.3. Se prohíbe la compensación del crédito inembargable 1930
2.4. Se prohíbe la compensación entre los particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley 1935

OPONIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR EL GARANTE

1. Fuentes nacionales del artículo 1291 1943
2. Análisis 1944

OPONIBILIDAD DE COMPENSACIÓN AL CEDIDO

1. Fuentes nacionales del artículo 1292 1948
2. Análisis 1949

IMPUTACIÓN LEGAL DE COMPENSACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1293 1952
2. Análisis 1953

INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1294 1957
2. Análisis 1958

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO V
CONDONACIÓN

EXTINCIÓN DE OBLIGACIÓN POR CONDONACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1295 1963
2. Análisis 1964
   - 2.1. Conceptos y consideraciones generales 1964
   - 2.2. Derechos renunciables y derechos irrenunciables 1970
     - 2.2.1. Derechos renunciables 1970
     - 2.2.2. Derechos irrenunciables 1971
   - 2.3. Naturaleza jurídica y efectos de la condonación 1972
   - 2.4. Diferencia entre la condonación y otros actos de liberalidad 1974
     - 2.4.1. Con respecto a la renuncia del acreedor al cobro de la deuda.. 1975
     - 2.4.2. Con respecto a la renuncia de herencia 1978
     - 2.4.3. Con respecto al contrato de donación 1978
     - 2.4.4. Con respecto a la donación con cargo 1980
     - 2.4.5. Con respecto a la donación indirecta 1983
     - 2.4.6. Con respecto a los legados 1984
     - 2.4.7. Con respecto al mutuo disenso 1984
     - 2.4.8. Con respecto a la obligación indivisible y/o solidaria en la que el codeudor participa sin interés alguno en dicha obligación... 1986
     - 2.4.9. Con respecto al reconocimiento de obligaciones 1987
     - 2.4.10. Con respecto a la cesión de derechos 1987
     - 2.4.11. Con respecto al pago efectuado por un tercero 1988
     - 2.4.12. Con respecto a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión 1989
     - 2.4.13. Con respecto a la transacción 1989
     - 2.4.14. Con respecto a la cesión de posición contractual 1990
     - 2.4.15. Con respecto al contrato en favor de tercero 1990
     - 2.4.16. Con respecto a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero 1991
     - 2.4.17. Con respecto al contrato de suministro a título gratuito 1991
     - 2.4.18. Con respecto al contrato de mutuo sin intereses 1991
     - 2.4.19. Con respecto al contrato de hospedaje a título gratuito 1991
     - 2.4.20. Con respecto al contrato de comodato 1992
     - 2.4.21. Con respecto a los contratos de locación de servicios y de obra a título gratuito 1992
     - 2.4.22. Con respecto al contrato de mandato a título gratuito 1992
     - 2.4.23. Con respecto a los contratos de depósito y de secuestro a título gratuito 1992
     - 2.4.24. Con respecto al contrato de renta vitalicia a título gratuito 1992
     - 2.4.25. Con respecto a los derechos de usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbre constituidos a título gratuito 1993

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.26. Con respecto a la constitución de patrimonio familiar en favor de alguna de las personas contempladas en el artículo 493 del Código Civil 1993
2.4.27. Con respecto al contrato de fianza a título gratuito 1993
2.4.28. Con respecto a la constitución —a título gratuito— de un derecho real de prenda, hipoteca o de anticresis, afectando un bien en garantía de una obligación ajena 1994
2.4.29. Con respecto al pago de una obligación natural 1994
2.4.30. Con respecto a la promesa unilateral formulada a título gratuito 1995
2.4.31. Con respecto a cualquier otro supuesto de liberalidad no mencionado anteriormente 1995

CONDONACIÓN DE UNO DE LOS GARANTES. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1296 1996
2. Análisis 1997

CONDONACIÓN DE DEUDA

1. Fuentes nacionales del artículo 1297 2000
2. Análisis 2002
2.1. Que exista un contrato escrito del cual se haya originado la obligación condonada 2004
2.2. Que la obligación se haya originado mediante un contrato verbal, pero que tal deuda se encuentre representada por un título valor 2008

CONDONACIÓN DE LA PRENDA. PRESUNCIONES

1. Fuentes nacionales del artículo 1298 2010
2. Análisis 2011

LA CONDONACIÓN DE LA PRENDA NO IMPLICA LA DE LA DEUDA

1. Fuentes nacionales del artículo 1299 2013
2. Análisis 2014

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